LUIGI FERRAJOLI

Derechos y garantías

La ley del más débil

Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez

EDITORIAL TROTTA

Derechos y garantías.
La ley del más débil

Derechos y garantías.
La ley del más débil

Luigi Ferrajoli

Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi

E D I T O R I A L T R O T T A

Primera edición: 1999
Segunda edición: 2001
Tercera edición: 2002
Cuarta edición: 2004

Títulos originales:
Il diritto come sistema di garanzie; Diritti fondamentali;
La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza; Dai diritti
del cittadino ai diritti della persona; La sovranità nel mondo moderno

Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

ISBN: 84-8164-285-1
Depósito Legal: M-12.019-2004

Impresión
Fernández Ciudad, S.L.

CONTENIDO

PRÓLOGO

Perfecto Andrés Ibáñez

Dejó escrito Pessoa que «el prefacio de un traductor es cosa positivamente inmoral». Es por lo que —para sortear semejante riesgo, si es que cabe— estas pocas líneas son sólo una nota de lectura que, *desde dentro* de la innovadora concepción de Ferrajoli sobre los temas objeto de estos textos, trata de explicitar algunos de los hilos conductores que los vertebran haciendo de ellos un todo integrado.

Norberto Bobbio, en el prólogo a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ponía de relieve que el bagaje de Ferrajoli se nutre, básicamente, de dos filones: el positivismo jurídico en la orientación teórica, y la filosofía analítica en cuanto al método. Positivismo jurídico de ascendencia kelseniana y orientación ius-analítica de inmediata raíz bobbiana, que, en nuestro autor, experimentan significativas reelaboraciones, para confluir en un normativismo singular. Pues Ferrajoli es, ciertamente, normativista, pero de un normativismo no ensimismado, sino realista y crítico, capaz de dar cuenta de la compleja naturaleza del derecho actual, incluidas las divergencias entre su realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional al que ésta debería ceñirse. Planteamiento que cobra cuerpo en una articulada concepción del garantismo que, nacida en el ámbito de la reflexión sobre el derecho y el sistema penal, en la perspectiva de un «derecho penal mínimo», ha sido ampliada hasta convertirse en el verdadero paradigma de la democracia constitucional.

Así, puede decirse, Ferrajoli es un kelseniano que, a fuer de serlo, no ha podido dejar de «matar al padre». En realidad sólo «víctima» de la crisis de desarrollo del propio sistema, cuando se le ha llevado a (todas) las últimas consecuencias, en la aplicación cohe-

rente y rigurosa de sus implicaciones al orden jurídico del actual constitucionalismo rígido. Éste, como se sabe, amplía hacia arriba la pirámide normativa al incluir en ella un sistema de reglas sobre el deber ser del derecho positivo, que desencadena un inédito *nomodinamismo*, rico en consecuencias tanto para la fisiología y la proyección reguladora del ordenamiento como para la cultura jurídica.

Y Ferrajoli es, también, un filósofo analítico del derecho, pero ajeno a la tradición formalista de cierta escolástica del análisis; como lo demuestra su renuncia al espejismo de una teoría *pura* o *formal* del derecho, no valorativa o simplemente descriptiva. El autor ha creído posible y llevado a la práctica una teorización rigurosa del orden jurídico actual con todos sus rasgos caracterizadores, incluida la diferenciación de planos normativos y la consistente dimensión valorativa del de mayor rango; lo que le permite operar sobre él con el rigor metodológico propio de las ciencias empíricas.

He hablado de hilos conductores que hacen de los trabajos aquí reunidos un tejido realmente articulado. Trataré de explicitarlos en lo que sigue.

El primero es el representado por la tesis, ya aludida, del *cambio de paradigma* que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico. Es lo que implica el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho, la integración de las consecuencias de una primera revolución jurídica con las de la segunda revolución de ese carácter. Aquélla, como bien se sabe, tuvo por objeto primordial vincular legalmente el poder del juez. Ésta, se ha orientado a establecer límites y vínculos de derecho para la legislación; sobre la actividad de la mayoría, por tanto.

Resultado de ello es lo que Ferrajoli llama «el modelo garantista de la democracia constitucional», que comporta cambios estructurales, tanto en la perspectiva del derecho como en la de la democracia política. Esto se debe a que la rígida consagración normativa de los derechos fundamentales aporta una nueva «dimensión sustancial», dicho con la terminología del autor, que no formaba parte ni de la realidad positiva ni, obviamente, del imaginario del jurista del positivismo formalista, mero trasunto de aquélla. «Dimensión sustancial» ausente, incompatible incluso, en cuanto parámetro normativo, con la concepción jacobina de la democracia.

El constitucionalismo de contenidos, constitucionalismo *de derechos*, resultante, produce un cambio de cualidad en las condiciones de validez de las leyes. Ésta ya no es asimilable, reductible, a la mera existencia de las mismas; no es la consecuencia, sin más, del

seguimiento de los procesos formales de elaboración parlamentaria, sino sólo el fruto de la coherencia con aquellos imperativos de orden sustancial. Mientras que la observancia de las exigencias procedimentales asegura la vigencia o la pertenencia de la ley al ordenamiento, la validez depende del balance positivo de una comprobación en ese segundo ámbito.

Pero esa «dimensión sustancial» retroactúa sobre la propia democracia como tal, que, ahora, no se agota en el respeto de las reglas procedimentales de formación de la voluntad popular propias del sistema representativo, puesto que la aludida nueva dimensión tiene que materializarse en el contenido de los actos del legislativo. La legitimidad del sistema político aparece, así, condicionada a la tutela y efectividad de los principios y derechos fundamentales.

El segundo hilo conductor es el cometido que el modelo garantista atribuye a la jurisdicción y a la ciencia jurídica. En él, una y otra han visto cambiar su papel de racionalización acrítica de la legalidad unidimensional del Estado legislativo de derecho, válido en cuanto vigente, por el de crítica de la legalidad ordinaria, para verificar su validez en términos de racionalidad material-constitucional. La interpretación de la ley presupone un juicio sobre ella misma, puesto que sólo es obligatoria si es válida.

La Constitución es un ambicioso modelo normativo que no puede dejar de experimentar, como de hecho experimenta, incumplimientos y violaciones en sus desarrollos. Es un proyecto vinculante y su grado de realización depende, en última instancia, como ilustra Ferrajoli, del tratamiento dado a las garantías. De ahí la relevancia del papel de la jurisdicción, en concreto, de la actitud con que la misma se ejerza. Así, es un dato histórico, de historia inmediata, que —en nuestras realidades (paradigmático es el caso italiano)— la introducción de la Constitución en el circuito jurisprudencial, ha tenido directamente que ver con la toma de conciencia de la inobjetable normatividad positiva de sus imperativos, y con la beligerancia en favor de su aplicación de una parte de la magistratura, frente a lo que, en ocasiones, ha sido verdadera resistencia activa de signo contrario de otros sectores de aquélla. Y lo que se dice de la magistratura resulta extensible a los operadores jurídicos en general.

La emergencia de la perspectiva constitucional en la aplicación de la ley —entiende Ferrajoli, a diferencia de lo que muchas veces se ha dicho— no amplía peligrosamente el campo de actuación y la discrecionalidad del intérprete. El deber de observancia de la Constitución añade también en ese plano un plus de sujeción, en la medi-

da en que limita el abanico de las interpretaciones legítimas y porque el deber constitucional de motivación de las decisiones judiciales proscribe el decisionismo tan arraigado en los viejos hábitos judiciales.

El tercero de los hilos conductores que cabe señalar, como guía a la lectura de estos textos, se identifica con el papel normativo que —siempre a juicio de Ferrajoli— corresponde a la ciencia jurídica en relación con el derecho vigente.

Éste es el punto de localización del momento de ruptura más significativo, tanto con el precedente kelseniano de la teoría del derecho como teoría pura, como con la ortodoxia analítica de la teoría como teoría descriptiva.

La primera de tales divergencias se hace especialmente patente en el tema nuclear de la relación entre el derecho subjetivo y su garantía. Para Kelsen, ser titular de un derecho subjetivo significa «tener [*realmente*] el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja»; con lo que la existencia de aquél se desplaza y reduce a la efectividad de su garantía. Ferrajoli, en cambio, concibe la relación entre el derecho y la garantía como implicación normativa y no mera descripción o constatación de un hecho jurídico (que podría no darse). Las garantías pertenecen al deber ser del ordenamiento: el derecho subjetivo se origina con la norma que lo estatuye y, a partir del acto de producción de ésta, existirá ya, normativamente, como tal. De tal existencia normativa se deriva para el legislador la obligación —jurídica y de coherencia— de disponer, con nuevos actos normativos, los instrumentos adecuados para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por aquél.

Así, no puede ser más pertinente la asociación por Ferrajoli de la fórmula de Dworkin, «tomar los derechos en serio», a este planteamiento que supone reconocerles, por sí mismos, existencia y carácter normativo y vinculante, con las consecuencias que de ello se derivan. Entre otras, una dignificación, por la vía de la responsabilización, de la función legislativa y del principio de legalidad. En este contexto, el legislador no puede ser, ni ser considerado legítimamente, un productor de humo; y los derechos —en particular, los derechos sociales y los derechos humanos de los grandes instrumentos internacionales— salen del descomprometido y envilecedor vacío de cierta retórica jurídica, para integrarse eficazmente en el orden jurídico.

La concepción de Ferrajoli que cobra expresión en estos textos tiene, asimismo, como se ha anticipado, importantes consecuencias en el modo de entender la naturaleza y el papel de la ciencia jurídi-

ca, a partir de un reconsideración de la relación entre derecho y lógica. La lógica, al igual que los valores que le atribuye la dogmática positivista y en contra de lo predicado por ésta, no forma parte de la realidad empírica del derecho. Las definiciones teóricas y también los principios lógicos, pertenecen a la teoría, pero no necesariamente al derecho positivo, que puede presentar lagunas y antinomias. De ahí, el papel normativo que Ferrajoli asigna a la ciencia jurídica, que opera en dos planos. El *plano interno*, que es el de la utilización —en función crítica y reconstructiva— de las técnicas de garantía que el propio ordenamiento contiene ya, mediante las que se hace posible colmar las lagunas, reducir las antinomias. Y el *plano externo*, que es el del diseño, ideación y propuesta de nuevos recursos técnicos aptos para el perfeccionamiento y el progreso del orden jurídico.

A tal inteligencia de la función de la ciencia del derecho como función crítica y creativa, corresponde una concepción *engagée* de la práctica jurídica. El jurista constitucional no puede serlo sólo de una parte o de uno sólo de los planos del ordenamiento, sino que debe ser portador consciente y activo de la dinámica —unidireccional: de arriba, es decir, de la Constitución, hacia abajo— que tensiona internamente ese universo normativo complejo.

A partir de los hilos conductores sobre los que he querido llamar la atención, al autor construye su concepción del «derecho como sistema de garantías». La *materia prima*, el orden jurídico del Estado constitucional de derecho, es obvio, estaba ya dada, pero ni sus constantes estructurales tenían la visibilidad resultante de la analítica claridad que el autor proyecta sobre ellas; ni la racionalidad material y el movimiento que ésta imprime al conjunto lucían con la comprometedora y movilizadora evidencia con que ahora lo hacen.

Tiene razón Luigi Ferrajoli: los derechos y garantías son «la ley del más débil». Pero, a mi juicio, esta afirmación puede legítimamente prolongarse en otra: gracias, de manera muy especial, a su obra —bien representada en estos textos militantes, paradigma de rigor y elocuente anticipo de *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*, que no tardará en ver la luz— contamos hoy con una teoría del derecho que es herramienta «cargada de futuro».

1

EL DERECHO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

1. *Crisis del derecho y crisis de la razón jurídica. El modelo garantista*

Estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos. Distinguiré, esquemáticamente, tres aspectos de esta crisis.

Al primero de ellos lo llamaré *crisis de la legalidad*, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. En Italia —pero me parece que, aunque en menor medida, también en Francia y en España— numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz un gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los *lobbies* de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento. En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos: basta pensar en los abusos de poder que llevaron a pedir la acusación del expresidente de la República italiana por atentado contra la Constitución, en la pérdida de contenido de la función parlamentaria, en los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial,

debidos a que el primero no soporta la independencia del segundo, por no hablar del entramado que existe entre política y mafia y del papel subversivo, todavía en gran parte oscuro, desempeñado desde hace ya decenios por los servicios secretos.

El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la *crisis del Estado social.* Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. Tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. Es claro que se trata de un aspecto de la crisis del derecho que favorece al señalado con anterioridad. Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.

Hay, además, un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a la *crisis del Estado nacional* y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales. Y aunque este pro-

ceso se mueva en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legitimables Estados nacionales y de las tradicionales fronteras estatalistas de los derechos de ciudadanía, está por ahora poniendo en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Piénsese en la creación de nuevas fuentes de producción, como las del derecho europeo comunitario —directivas, reglamentos y, después del tratado de Maastricht, decisiones en materia económica e incluso militar— sustraídas a controles parlamentarios y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supra-nacionales.

Es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos.

Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que la interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada «complejidad» de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al Estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político, y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios margenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían —según autores como Luhmann, Teubner y Zolo— una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales[1].

Me parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser —importa poco si en clave determinista o apologética— es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación. No cabe duda de que una aproximación

realista al derecho y al concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo si no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo. Y, sin embargo, el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto. Y nada hay de necesario en sentido determinista ni de sociológicamente natural en la ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos. No hay nada de inevitable y de irremediable en el caos normativo, en la proliferación de las fuentes y en la consiguiente incertidumbre e incoherencia de los ordenamientos, con los que la sociología jurídica sistémica representa habitualmente la actual crisis del Estado de derecho.

Yo creo que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no sólo del caos normativo y de la ilegalidad difusa aquí recordados, sino también de la pérdida de confianza en esa *artificial reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el Estado de derecho. La situación del derecho propia del *Ancien Régime* era bastante más «compleja», irracional y desregulada que la actual. La selva de las fuentes, el pluralismo y la superposición de ordenamientos, la inflación normativa y la anomia jurídica de los poderes que tuvieron enfrente los clásicos del iusnaturalismo y de la Ilustración, de Hobbes a Montesquieu y Beccaria, formaban un cuadro seguramente bastante más dramático y desesperante que el que aparece hoy ante nuestros ojos. Y también entonces, en los orígenes de la modernidad jurídica, fueron muchas y autorizadas las voces que se levantaron contra la pretensión de la razón jurídica de reordenar y reconstruir su propio objeto en función de los valores de la certeza y de la garantía de los derechos: basta pensar en la oposición de Savigny y de la Escuela histórica a los proyectos de codificación y, desde una perspectiva bien diferente, en la incomprensión e infravaloración por Jeremy Bentham de la *Declaración* francesa de los derechos de 1789.

El reto que hoy se deriva para la razón jurídica de las múltiples formas que adopta la crisis del derecho en acto no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por la ilustración jurídica, cuando emprendió la obra de la codificación bajo la enseña del princi-

pio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición iuspositivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho —bastante más que en el viejo Estado liberal— como un *sistema artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el «ser» o la «existencia» del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, «puesto» o «hecho» por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el «deber ser» del derecho positivo, o sea, sus condiciones de «validez», resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos —igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales— por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes —su «deber ser», y no sólo su «ser»— los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.

Gracias a esta doble artificialidad —de su «ser» y de su «deber ser»— la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar «modelo» o «sistema garantista», por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de ga-

rantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: *a*) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; *b*) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; *c*) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; *d*) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto[2].

2. *Racionalidad formal y racionalidad sustancial en el paradigma garantista de la validez*

Comencemos por la primera alteración producida por el modelo garantista en el esquema positivista clásico: la que afecta a la teoría del derecho. Según la concepción prevaleciente entre los máximos teóricos del derecho —de Kelsen a Hart y Bobbio— la «validez» de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia: o sea, con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es, a mi juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incomprensión de la complejidad de la legalidad en el Estado constitucional de derecho que acaba de ilustrarse. En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igual-

dad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.

Como es sabido, Hans Kelsen trató de resolver esta aporía afirmando la validez también de las normas, comprendidas, por ejemplo, en leyes ordinarias cuyos contenidos se encuentren en contradicción con normas superiores, como las constitucioales; estas normas, escribe, «permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine»[3]. De este modo, confunde la anulación con la abrogación y, lo que es más grave, reduce el deber ser al ser del derecho valorando con una suerte de presunción general de legitimidad todas las normas vigentes como válidas. Herbert Hart, de modo más consecuente, ha negado la validez de tales normas, situando las normas sustanciales sobre su producción en el mismo plano que las formales en materia de competencia; con el resultado, todavía más insostenible, de negar la existencia de las normas formal pero no sustancialmente conformes con las relativas a su producción y, en consecuencia, de reducir el ser al deber ser del derecho y de desconocer como no vigentes las normas inválidas y sin embargo aplicadas hasta que se produzca su anulación[4].

Estas aporías se desvanecen cuando se abandona la concepción paleopositivista de la validez, ligada a una estructura simplificada de la legalidad que ignora la sujeción al derecho, no sólo formal sino también sustancial, de las fuentes de producción jurídica, en los ordenamientos dotados de Constitución rígida. En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar «vigencia» o «existencia», que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la «validez» propiamente dicha o, si se trata de leyes, la «constitucionalidad», que, por el contrario, tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción.

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e independientes entre sí: la *vigencia* guarda relación con la *forma* de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de *correspondencia* de las

formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la *validez*, al referirse al *significado*, es por el contrario una cuestión de *coherencia* o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción. En términos kelsenianos: la relación entre normas producidas y normas sobre la producción es, en el primer caso, de tipo *nomodinámico* y, en el segundo, de tipo *nomoestático*; y la observancia (o la inobservancia) de las segundas por parte de las primeras se configura en el primer caso como aplicación (o inaplicación) y en el segundo como coherencia (o contradicción). Carecería de sentido decir que una ley no promulgada o un testamento sin forma escrita son incoherentes o contradicen las normas formales que imponen la promulgación de las leyes o la forma escrita de los testamentos; así como no tendría sentido decir que una ley lesiva para el *habeas corpus* o para el principio de igualdad no es subsumible en (o no aplica) las normas constitucionales sustanciales que contradice.

El paradigma del Estado constitucional de derecho —o sea, el modelo garantista— no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad material» weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, unicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una «racionalidad formal»; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una «racionalidad material» orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales —no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *fines* a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.

3. *Democracia formal y democracia sustancial*

Se comprende —y con ello entro en la segunda innovación introducida por el modelo garantista en el modelo paleopositivista— que una tal dimensión sustancial del Estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción.

Siendo así, la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial no sólo en el derecho sino también en la democracia. Y el constitucionalismo, del que Neil MacCormick hizo ayer una apasionada defensa, es no tanto, según él ha dicho, un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su necesario complemento sustancial. Efectivamente, las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido —las *formales* que condicionan la *vigencia,* y las *sustanciales* que condicionan la *validez*— garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la «democracia política», que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse «democracia sustancial», puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla.

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *dere-*

chos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.

Es claro que semejante estructura del Estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia: a causa de la posible *incoherencia* generada por normas que resulten inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible; o, a la inversa, por la posible *falta de plenitud* debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera. Éstos son los dos posibles vicios del ordenamiento: las *antinomias* y las *lagunas*, determinados, respectivamente, en virtud de su diversa estructura, por los *derechos de libertad*, que consisten en *expectativas negativas* a las que corresponden límites negativos, y por los *derechos sociales*, que, a la inversa, consisten en *expectativas positivas* a las que corresponden vínculos positivos por parte de los poderes públicos.

Ambos tipos de vicios son en alguna medida fisiológicos, y sería ilusorio suponer su total eliminación. Un Estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento nomodinámico de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más, la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: que es lo que sucede en el Estado absoluto —poco importa si políticamente democrático—, donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas establecidas por el ordenamiento, es por eso sólo válida.

Así, pues, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia,

que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales —ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales— como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del «derecho inválido» o «lagunoso» —o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho— es la condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia.

De otra parte, los vicios de la incoherencia y la falta de plenitud, si bien son irreducibles más allá de ciertos límites, dentro de éstos son reducibles mediante las adecuadas *garantías*. Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.

4. *El papel del juez y la legitimación democrática de su independencia*

Esta concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, de la relación entre las que he llamado «democracia política» (o «formal») y «democracia sustancial» se refleja además en un reforzamiento del papel de la ju-

risdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Ésta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas, y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa —dicho sea incidentalmente— es lo que entendíamos hace veinte años con la expresión «jurisprudencia alternativa», recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibáñez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o precisamente porque son— poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del

poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad *en droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen. Éste es el sentido de la frase «¡Hay jueces en Berlín!»: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución.

Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado «democracia sustancial». En este sentido, el principio de igualdad y de legalidad se conjugan —como la otra faz de la misma medalla— con el segundo fundamento político de la independencia del juez: su función de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso.

Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y, sobre todo, del proceso penal las doctrinas «consensualistas» y «discursivas» de la verdad que —nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas)— algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones sobre la pena. En efecto, ningún consenso —ni el de la mayoría, ni el del imputado— puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables

ni disponibles. Aquí, en el proceso penal, no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas a la de la acusación.

5. *La ciencia jurídica y el reto de la complejidad*

La cuarta y última alteración introducida en el modelo paleopositivista por el modelo garantista es la que afecta al papel de la cultura jurídica. Y permite, a mi juicio, reaccionar frente al excesivo pesimismo alimentado, como he recordado al comienzo, por muchos análisis de la actual crisis del derecho.

Se ha dicho que incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el Estado constitucional de derecho, que van unidos a la distinción de niveles normativos en que se articula su estructura formal. Es cierto que estos vicios, más allá de tales límites, pueden llegar a ser patológicos y tienen el peligro de resolverse en una crisis de la democracia. Pero ello no depende de su supuesta incompatibilidad con las formas —en efecto, bastante más complejas que las paleopositivistas y clásicamente liberales— del Estado constitucional de derecho, como lamentan cuantos ven en ellos los síntomas de la crisis de la función normativa del derecho. Por el contrario, como he tratado de hacer ver, la posibilidad misma de estos vicios representa el rasgo distintivo y hasta, con paradoja aparente, el mayor mérito del Estado democrático de derecho, que, por su naturaleza, excluye formas de legitimación absoluta y permite siempre, más que la legitimación, la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones o incumplimientos de las promesas altas y difíciles formuladas en sus normas constitucionales.

En cambio, lo que sí entra en crisis a causa del paradigma garantista es el esquema positivista tradicional de la ciencia y del conocimiento jurídico. Una legalidad compleja como la que aquí se ha ilustrado de forma esquemática, con los dos posibles vicios virtualmente unidos a ella, retroactúa, en efecto, sobre la ciencia del derecho, confiriéndole un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocido para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer *desde dentro* las correcciones previstas por

las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir *desde fuera* nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica (como a la jurisprudencia) un papel crítico frente al derecho vigente, el de la falta de plenitud le confía además un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez más vinculantes.

Que la incoherencia del ordenamiento haga de la *crítica del derecho* el primer papel de la ciencia jurídica depende del hecho de que el jurista no puede ignorar ninguno de los dos niveles normativos a que pertenecen las normas en conflicto. Efectivamente, el reconocimiento de este conflicto —virtualmente generado por límites negativos, como los *derechos de libertad*, impuestos por las constituciones como condiciones de validez de las normas puestas en vigor— hace caer la presunción general de validez que según las teorías normativistas asiste al ordenamiento en su totalidad: una presunción, como se ha visto, enormemente reforzada por las teorías de la democracia que identifican el fundamento de la legitimidad democrática de las decisiones con el simple respeto de las reglas procedimentales sobre la forma mayoritaria del «quién» y del «cómo». Una vez caída semejante presunción, es, precisamente, el «derecho inválido» o «ilegítimo» producido por la contradicción con normas superiores a él y, por tanto, por la violación de los límites negativos impuestos al poder normativo, lo que se convierte en objeto privilegiado de la ciencia jurídica. Y es la crítica del derecho inválido dirigida a propiciar su anulación lo que constituye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica.

Por el contrario, la falta de plenitud atribuye a la ciencia jurídica un cometido, sobre todo, de innovación y de proyecto. El reconocimiento de las *lagunas* generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionalmente impuestas al legislador indica, generalmente, no sólo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía. Es el caso de la mayor parte de los *derechos sociales* —a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes— cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas. El paradigma garantista es, sin embargo, el mismo: la incorporación de vínculos sustanciales, no importa que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos (de no

hacer), a las decisiones de los poderes públicos. En algunos casos —piénsese en el salario mínimo garantizado, las pensiones, la educación o la asistencia sanitaria gratuitas— la técnica garantista es relativamente simple, al fundarse en obligaciones *ex lege* de los poderes públicos. En otros casos, como todos aquellos en los que la satisfacción de los derechos sociales exige la intermediación burocrática y la creación de aparatos destinados a su satisfacción, no existe una técnica garantista o bien se da en formas bastante rudimentarias. En efecto, hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho».

Además de la incoherencia y la falta de plenitud generadas por las violaciones, en positivo o en negativo, de la legalidad constitucional, hay un tercer vicio que he recordado al comienzo como el tercer aspecto de la actual crisis del derecho: la crisis del constitucionalismo subsiguiente a la alteración del sistema de fuentes producida por el ingreso de fuentes de carácter internacional en nuestro ordenamiento. Es claro que la formación de un sujeto político nuevo como la Comunidad Europea, en cuyo marco se han instituido organismos ejecutivos cuyas decisiones prevalecen —o al menos lo pretenden— sobre las leyes y a veces sobre las constituciones de los Estados miembros, lleva consigo el riesgo de deformar la estructura constitucional de nuestras democracias, que, como se ha visto, está en la base de la función misma del derecho como sistema de garantías. Pero esto quiere decir que hoy es tarea urgente de la cultura jurídica y política avanzar, como exigencia primaria e inaplazable, en la estipulación de una Constitución europea. Yo creo que está dentro de la misma lógica del actual proceso de integración europea llegar, en más o menos tiempo, a la unificación jurídica de Europa y, quizá, a la emanación de una Constitución europea. Pero depende de la cultura jurídica de nuestros países que esto se produzca a través de un proceso constituyente no confiado exclusivamente a la

clase política, sino abierto a la aportación de los juristas —y no sólo de los juristas, sino en general de las fuerzas de la cultura y los movimientos sociales— y, sobre todo, rígidamente orientado a la salvaguardia y la garantía de los valores democráticos de nuestro tiempo: igualdad, derechos de libertad, derechos sociales, derecho al medio ambiente y similares. En particular, depende esencialmente de la cultura jurídica y politológica que llegue a superarse la antinomia entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, que atormenta desde siempre la historia de los derechos fundamentales, y que éstos sean finalmente garantizados, fuera del viejo esquema estatalista, también frente a sus Estados.

En esta perspectiva, el compromiso por un constitucionalismo europeo se liga al dirigido al desarrollo de un constitucionalismo mundial. Yo creo que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos si no tomamos finalmente «en serio» —según la feliz fórmula de Dworkin— la *Declaración universal de derechos* de la ONU de 1948 y los Pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizá a los de la «fortaleza Europa»; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a si misma.

Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales quiere decir hoy poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas. Ante todo, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos fundamentales y, como consecuencia, prever en sede internacional garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados. En concreto, un código penal internacional que castigue los crímenes contra la humanidad; una reforma de la actual jurisdicción internacional que establezca su carácter no voluntario sino obligatorio y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los Estados y de sus gobernantes por las violaciones de los derechos fundamentales de sus ciudadanos; un sistema de obligaciones internacionales impuesto para la tutela de los derechos sociales también en los países más pobres; el desarme progresivo de los Estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del

monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos[5].

En segundo lugar, tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, y no —como sucedió en el origen de los Estados modernos— de inclusión e igualación, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales. Es claro que la universalización efectiva de tales derechos, a comenzar por los de libertad de residencia y de circulación, crearía problemas enormes para nuestros países, hoy asediados por la presión de la inmigración del resto del mundo. Pero yo querría recordar que, precisamente en España, a raíz del descubrimiento de América, Francisco de Vitoria, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* desarrolladas en la Universidad de Salamanca en 1539, formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, al proclamar como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el *ius communicationis*, el *ius migrandi*, el *ius peregrinandi in illas provincias e illic degendi*, así como de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*[6]. Entonces, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta. Hoy, cuando la situación se ha invertido y son los pueblos del tercer mundo los empujados por el hambre hacia nuestros opulentos países, esos derechos sólo pueden ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, al precio de una pérdida de credibilidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias.

La superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial. La crisis actual del Estado nacional —de por sí saludable y en todo caso imparable— puede ser afrontada, en esta dirección, sólo repensando los *topoi* del constitucionalismo, dentro y fuera de nuestros ordenamientos, y al mismo tiempo aquellos a los que hay que confiar la rigidez normativa de los derechos fundamentales y sus garantías. Es cierto que no cabe pensar en una reforma del sistema de fuentes que reproduzca la vieja jerarquía vertical basada en la primacía de las fuentes centrales so-

bre las locales y periféricas. Esta jerarquía podría muy bien invertirse para la tutela de las autonomías en todos los niveles, siempre que quedase preservada la rígida primacía de las normas que garantizan derechos fundamentales sobre cualquier otra fuente.

Naturalmente, todo esto es tarea que corresponde mucho antes a la política que a la cultura jurídica. Pero si se toman en serio el derecho y los derechos fundamentales, es también una responsabilidad nuestra, de la ciencia jurídica; la cual, como ha escrito recientemente Letizia Gianformaggio, puede concebirse hoy como una «garantía»[7]: precisamente, como una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Se comprende que semejante función pragmática —crítica y proyectiva— de la ciencia jurídica contradiga el dogma kelseniano y weberiano de su carácter no valorativo y puramente formal. Pero es sólo mediante el cumplimiento de un papel semejante, como la razón jurídica puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto. Porque la ciencia jurídica sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social si, como escribía Filangieri hace dos siglos, cuando identificaba no en el derecho que es sino en el que debe ser «el objeto común de los que piensan»[8], vuelve a ser «crítica del derecho» existente y al mismo tiempo «ciencia de la legislación» y «ciencia de las constituciones».

Por consiguiente, se puede muy bien seguir asumiendo como tarea de la ciencia jurídica la señalada por Norberto Bobbio hace más de cuarenta años en un célebre ensayo de 1950[9]: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. A condición de que resulte claro que esa unidad, esa coherencia y esa plenitud —en este aspecto tienen toda la razón los críticos realistas del derecho— de hecho *no existen*. No existe la coherencia, estructuralmente excluida por la posible producción de normas vigentes pero inválidas por hallarse en contraste con los principios de libertad constitucionalmente establecidos. No existe la plenitud, asimiso excluida por la posible no producción de las normas o actos impuestos por los derechos sociales, también éstos de rango constitucional. Y no existe ni siquiera la unidad, puesto que el sistema de fuentes se ha visto trastornado por la intervención de fuentes supra o extraestatales cuya ubicación en el interior del ordenamiento es siempre incierta y opinable. Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizá no puedan existir nunca íntegramente no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia

jurídica: la *coherencia*, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la *plenitud*, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la *unidad*, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jeraquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional.

Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio. También puede suceder que una perspectiva semejante se base en una excesiva confianza en el papel garantista del derecho. Pero yo creo que con independencia de nuestro optimismo o pesimismo no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Éste es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia.

NOTAS

1. N. Luhmann, *Rechtssoziologie* [1972], trad. italiana de A. Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1977, pp. 245-254; Id., «Il *Welfare State* come problema politico e teorico», en E. Fano, S. Rodotà y G. Marramao (eds.), *Trasformazione e crisi del Welfare State*, Angeli, Milano, 1983, p. 352; Id., «The Unity of the Legal System», en *The Self-Reproduction of the Law*. Actas del congreso sobre «Autopoiesis in Law and Society», Istituto Universitario Europeo, Firenze, 1984; Id., «Some problems with «Reflexive Law»», *ibid.*; G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Greuyter, Berlin-New York, 1984; Id., «After Legal Instrumentalism?», *ibid.*; H. Wilke y G. Teubner, «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht»: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6/1 (1984); D. Zolo, «Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Torino, 1993; Id., «Cittadinanza democratica e giurisdizione», en N. Rossi (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1994, pp. 80 ss.

2. Estas cuatro implicaciones del modelo garantista serán desarrolladas de manera más analítica y rigurosa en un trabajo de teoría del derecho de próxima publicación. Ahora puede consultarse: L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, [3]1998, pp. 354-367, 542-546 y 857-880; y «Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*», en L. Gianformaggio, *op. cit.*, apartados 1 y 3.

3. H. Kelsen, *General Theory of Law and State* [1945], trad. de E. García Maynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México 1979, p. 137.

4. H. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, cap. IV, apartado 3, pp. 82 ss. También Bobbio, como Kelsen, identi-

fica la validez con la «existencia» y se priva así de la posibilidad de dar cuenta de la existencia de normas inválidas. Es cierto que distingue entre «validez formal» y «validez material», identificando esta última con la coherencia lógica de la norma «con otras normas válidas del ordenamiento» («Sul ragionamento dei giuristi»: *Rivista di Diritto Civile* I [1955], ahora en P. Comanducci y R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico* II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 167-169). Sin embargo, su identificación de la validez con la existencia, y por tanto de la invalidez con la inexistencia, le constriñe, a propósito de la norma formalmente pero no sustancialmente válida por ser «incompatible con una norma jerárquicamente superior», a hablar de «abrogación implícita» de la primera por parte de la segunda en el mismo sentido en el que se afirma que una norma es implícitamente abrogada por otra sucesiva de significado incompatible (*Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 37-38; trad. española de E. Rozo Acuña *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991). De este modo, no queda claro si para Bobbio una norma semejante, cuya incompatibilidad se produce con una norma superior a ella por lo general precedente, existe (como para Kelsen) hasta su implícita abrogación por el intérprete, o no existe (como para Hart) al resultar implícitamente abrogada *ab origine*. En ambos casos queda sin explicar el fenómeno de la norma inválida y no obstante vigente (o existente) hasta el pronunciamiento que determina su invalidez: que no consiste, en efecto, en una abrogación implícita por vía de interpretación asimilable a la de la norma en contradicción con otra norma sucesiva de nivel equivalente, sino en un acto jurisdiccional con el que (la existencia de) la norma inválida queda formalmente anulada.

5. Cf. sobre el particular L. Ferrajoli y S. Senese, «Quattro proposte per la pace»: *Democrazia e Diritto* 1 (1992), pp. 243-257.

6. Francisco de Vitoria, *Relectiones de Indis recenter inventis* [1539], en *De indis et de iure belli relectiones*, ed. de Ernest Nys, Oceana, New York, 1964, III, 3-5, pp. 256-260. Para un análisis más profundo de las tesis de Francisco de Vitoria y del paradigma de legitimación por él inaugurado, cf. mi trabajo «La conquista dell'America e la nascita del diritto internazionale»: *Meridiana. Rivista di Storia e Scienze Sociali* 15 (1992).

7. L. Gianformaggio, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en Id., *op. cit.*, pp. 24-27.

8. G. Filangieri, *La scienza della legislazione* [1783], en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della Società Belgica, Bruxelles, 1841, Introducción, p. 57.

9. N. Bobbio, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio»: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2 (1950), pp. 342-367, ahora en *Diritto e analisi del linguaggio*, ed. de Uberto Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 287-324; en *Contribución a la teoría del derecho*, trad. y estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, [2]1990.

2

DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Una definición formal del concepto de derechos fundamentales*

Propongo una definición *teórica*, puramente *formal* o *estructural*, de «derechos fundamentales»: son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas[1].

Esta definición es una definición *teórica* en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo. En otras palabras, no se trata de una definición *dogmática*[2], es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, como, por ejemplo, la Constitución italiana o la española. Conforme a esto, diremos que son «fundamentales» los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar. Pero diremos también, sin que nuestra definición resulte desnaturalizada, que un determinado ordenamiento jurídi-

co, por ejemplo totalitario, carece de derechos fundamentales. La previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia o vigencia *en aquel* ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales. Incide todavía menos sobre tal significado la previsión en un texto constitucional, que es sólo una garantía de su observancia por parte del legislador ordinario: son fundamentales, por ejemplo, también los derechos adscritos al imputado por el conjunto de las garantías procesales dictadas por el código procesal penal, que es una ley ordinaria.

En segundo lugar, la nuestra es una definición *formal* o *estructural*, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación: entiendo «universal» en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. Pero allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería, por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, éstos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales. A la inversa, si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental.

Son evidentes las ventajas de una definición como ésta. En cuanto prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos. Tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la teoría general del derecho. En cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales, es, además, ideológicamente neutral. Así, es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática.

Sin embargo, este carácter «formal» de nuestra definición no impide que sea suficiente para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica. En efecto, gracias a esto la universalidad expresada por la cuantificación universal de los (ti-

pos de) sujetos que de tales derechos son titulares viene a configurarse como un rasgo estructural de éstos, que como veremos comporta el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que los mismos consisten. De hecho, en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos. Pero tal garantía se realiza precisamente a través de la forma universal recibida mediante su estipulación como derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisional: si son normativamente de «todos» (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los podres, tanto públicos como privados.

De otra parte, es claro que esta universalidad no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica. En efecto, el «todos» de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida. Así, si la *intensión de la igualdad* depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la *extensión de la igualdad* y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de *status* que las determinan.

En nuestra definición, estas clases de sujetos han sido identificadas por los *status* determinados por la identidad de «persona» y/o de «ciudadano» y/o «capaz de obrar» que, como sabemos, en la historia han sido objeto de las más variadas limitaciones y discriminaciones. «Personalidad», «ciudadanía» y «capacidad de obrar», en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los (diversos tipos) de derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad *en droits fondamentaux*. Prueba de ello es el hecho de que sus presupuestos pueden —y han sido históricamente— más o menos extensos: restringidísimos en el pasado, cuando por sexo, nacimiento, censo, instrucción o nacionalidad se excluía de ellos a la mayor parte de las personas físicas, se han ido ampliando progresivamente aunque sin llegar a alcanzar todavía, ni siquiera en la actualidad, al menos por

lo que se refiere a la ciudadanía y a la capacidad de obrar, una extensión universal que comprenda a todos los seres humanos.

La ciudanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de *status* que aún delimitan la igualdad de las personas humanas. Y pueden, pues, ser asumidas como los dos parámetros —el primero superable, el segundo insuperable— sobre los que fundar dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre *derechos de la personalidad* y *derechos de ciudadanía*, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos y la existente entre *derechos primarios* (o *sustanciales*) y *derechos secundarios* (*instrumentales* o *de autonomía*), que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. Cruzando las dos distinciones obtenemos cuatro clases de derechos: los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme a la Constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales; los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como (siempre conforme a la Constitución italiana) el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política[3].

Tanto nuestra definición como la tipología de los derechos fundamentales construida a partir de ella tienen un valor teórico del todo independiente de los sistema jurídicos concretos e incluso de la experiencia constitucional moderna. En efecto, cualquiera que sea el ordenamiento que se tome en consideración, a partir de él, son «derechos fundamentales» —según los casos, humanos, públicos, ci-

viles y políticos— todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de «persona», «ciudadano» o «capaz de obrar». En este sentido, al menos en Occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien la mayor parte limitados a clases bastante restringidas de sujetos[4]. Pero han sido siempre las tres identidades —de persona, ciudadano y capaz de obrar— las que han proporcionado, cierto que con la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educación y nacionalidad con que en cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad.

Así, ha ocurrido que en la antigüedad las desigualdades se expresaron sobre todo a través de la negación de la misma identidad de persona (a los esclavos, concebidos como cosas) y sólo secundariamente (con las diversas inhabilitaciones impuestas a las mujeres, los herejes, los apóstatas o a los judíos) mediante la negación de la capacidad de obrar o de la ciudadanía. Con posterioridad, una vez alcanzada la afirmación del valor de la persona humana, las desigualdades se propugnaron sólo excepcionalmente con la negación de la identidad de persona y de la capacidad jurídica —piénsese en las poblaciones indígenas víctimas de las primeras colonizaciones europeas y en la esclavitud en los Estados Unidos todavía en el siglo pasado— mientras se mantenían, sobre todo, con las restricciones de la capacidad de obrar basadas en el sexo, la educación y el censo. De este modo, incluso con posterioridad a 1789, sólo los sujetos masculinos, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios tuvieron durante mucho tiempo la consideración de sujetos *optimo iure*[5]. En la actualidad, después de que también la capacidad de obrar se ha extendido ya a todos, con las solas excepciones de los menores y los enfermos mentales, la desigualdad pasa esencialmente a través del molde estatalista de la ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica. En suma, lo que ha cambiado con el progreso del derecho, aparte de las garantías ofrecidas por las codificaciones y las constituciones, no son los criterios —personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía— conforme a los cuales se atribuyen los derechos fundamentales, sino únicamente su significado, primero restringido y fuertemente discriminatorio, después cada vez más extendido y tendencialmente universal.

2. *Cuatro tesis en materia de derechos fundamentales*

La definición de «derechos fundamentales» aquí propuesta permite fundar cuatro tesis, todas a mi juicio esenciales para una teoría de la democracia constitucional.

La primera remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás. En nuestra tradición jurídica, esta diferencia ha permanecido oculta por el uso de una única expresión —«derecho subjetivo»— para designar situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos: derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos indisponibles y derechos disponibles. Y se explica con las diversas ascendencias teóricas de las dos categorías de derechos: la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII, por lo que se refiere a los derechos fundamentales; la tradición civilista y romanista en lo relativo a los derechos patrimoniales.

La segunda tesis es que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión «sustancial» de la democracia, previa a la dimensión política o «formal» de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado —luego del reconocimiento constitucional como «derechos» de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia— también al «Estado social», que se ha desarrollado de hecho en este siglo sin las formas y sin las garantías del Estado de derecho y sólo en las de la mediación política, y hoy, también por esto, en crisis.

La tercera tesis se refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales. Se ha visto cómo nuestra definición proporciona los criterios de una tipología de tales derechos dentro de la que los «derechos de ciudadanía» forman solamente una subclase. En efecto, las propias constituciones estatales confieren muchos de estos derechos con independencia de la ciudadanía. En particular y, sobre todo, después de su formulación en convenciones internacionales recibidas por las constituciones esta-

tales o en todo caso suscritas por los Estados, se han transformado en derechos supraestatales: límites externos y ya no sólo internos a los poderes públicos y bases normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos.

Finalmente, la cuarta tesis, quizá la más importante, tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar *garantías primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación.

Estas cuatro tesis contradicen, desde otros tantos puntos de vista, la concepción corriente de los derechos fundamentales tal como resulta de sus muchas y heterogéneas aportaciones y ascendencias. A tal fin, puede ser útil recordar cuatro lugares clásicos en los que se sostienen las tesis que serán aquí confutadas.

El primer pasaje es el capítulo II del *Segundo tratado sobre el Gobierno*, de John Locke, de 1690, donde el autor ve en la vida, la libertad y la propiedad los tres derechos fundamentales cuya tutela y garantía justifica el contrato social[6]. Asociación ésta, entre libertad y propiedad, que será recuperada en el artículo 2 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789: «El fin de toda asociación política es la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión».

El segundo pasaje es del iuspublicista alemán del siglo pasado Karl Friedrich von Gerber, que en una monografía de 1852 sobre «derechos públicos» afirmó que éstos no son sino «una serie de efec-

tos de derecho público», radicados, «no tanto en la esfera jurídica del individuo, como sobre todo en la existencia abstracta de la ley»[7]: precisamente, éstos son «elementos orgánicos constitutivos de un Estado concreto» y, por ello, considerados desde la perspectiva de los individuos, «efectos reflejos» del poder estatal[8]. Se trata de una tesis que será hecha propia por la doctrina del derecho público de finales del siglo pasado en su totalidad —de Laband a Jellinek, de Santi Romano a Vittorio Emanuele Orlando[9]— y que contradice no sólo el paradigma iusnaturalista de los derechos fundamentales como *prius* lógico y axiológico, fundante y no fundado, en relación con el artificio estatal, sino también el paradigma constitucional, que al positivizar tales derechos los ha configurado como vínculos y límites a los poderes públicos en su conjunto. Poderes públicos de cuya legitimidad los derechos fundamentales son, precisamente, el fundamento y no a la inversa.

El tercer pasaje no es de un jurista ni de un filósofo sino de un sociólogo, Thomas Marshall, que en su clásico ensayo de 1950 *Citizenship and Social Class*, redescubierto hace algunos años por la ciencia politológica como la doctrina más acreditada de los derechos fundamentales, distingue tres clases en el conjunto de tales derechos: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales, concebidos todos como derechos no de la persona o de la personalidad, sino del ciudadano o de la ciudadanía. «La ciudadanía —escribe Marshall— es aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad»; y los derechos y los deberes sobre los que se funda la igualdad de «todos los que lo poseen» son «conferidos por tal *status*», añade[10].

El cuarto pasaje es de Hans Kelsen, que configura el derecho subjetivo como «un mero reflejo de una obligación jurídica»[11] y afirma: «Tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que —de acuerdo con la misma resolución— ha cometido el acto antijurídico o violado su deber»[12]. Se trata de una tesis hoy ampliamente difundida, que se resuelve en la identificación de los derechos fundamentales con sus garantías y en particular con las que he llamado «garantías secundarias», es decir, con su accionabilidad en juicio: «un derecho formalmente reconocido pero no *justiciable* —es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos— es *tout court*», afirma, por ejemplo, Danilo Zolo, «un derecho inexistente»[13].

Así, pues, desarrollaré mis cuatro tesis a través de un análisis crítico de estos cuatro pasajes. A partir de ellas será posible mostrar

cómo la constitucionalización de los derechos fundamentales llevada a cabo por las constituciones rígidas ha producido en este siglo un profundo cambio de paradigma del derecho positivo en relación con el clásico del páleopositivismo jurídico.

3. *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales*

Comenzamos por la primera de las cuatro cuestiones aquí enunciadas. ¿Qué son los *derechos fundamentales*? La vida, la libertad y la propiedad, responde Locke en el pasaje que se ha citado; la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión, afirma el artículo 2 de la *Declaración* de 1789, que en el artículo 17 ratifica el carácter de «derecho sagrado e inviolable» de la propiedad. De la misma forma Marshall, aun habiendo ampliado el catálogo de los derechos fundamentales, incluye en la misma clase —la de los derechos civiles— tanto la libertad como la propiedad[14].

La mezcla en una misma categoría de figuras entre sí heterogéneas como los derechos de libertad, de un lado, y el derecho de propiedad, del otro, fruto de la yuxtaposición de las doctrinas iusnaturalistas y de la tradición civilista y romanista, es, por tanto, una operación originaria, llevada a cabo por el primer liberalismo, que ha condicionado hasta nuestros días la teoría de los derechos en su totalidad y, con ella, la del Estado de derecho. En su base hay un equívoco, debido al carácter polisémico de la noción de «derecho de propiedad», con el que se entiende —tanto en Locke como en Marsahall— al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien. Como se advierte fácilmente, una confusión que, además de ser fuente de un grave equívoco teórico, ha sido responsable de dos opuestas incomprensiones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos «burgueses» a la par de la propiedad.

A partir de aquí, al analizar estas dos figuras —«libertad» y «propiedad», o más en general «derechos fundamentales» y «derechos patrimoniales»— descubrimos que entre ellas existen cuatro claras diferencias estructurales aptas para generar dentro del dominio de

los derechos, si queremos seguir usando una misma palabra para designar situaciones tan diversas, una gran división: la que existe entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*. Se trata de cuatro diferencias que prescinden del contenido de las dos clases de derechos y que únicamente tienen que ver con su forma o estructura.

La primera diferencia consiste en el hecho de que los derechos fundamentales —tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales— son derechos «universales» (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito— son derechos singulares (*singuli*), en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás. Por consiguiente, los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad. Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica, que como dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789 es, precisamente, una *égalité en droits*. Los otros son exclusivos, es decir, *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desiguadad jurídica, que es también una *inégalité en droits*. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias, igualmente autónomos para disponer de los bienes que nos pertenecen e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa: yo soy propietario de este vestido mío o de la casa en que habito, o sea, de objetos diversos de aquellos de que otros y no yo son propietarios.

De este modo, se resuelven muchas aparentes aporías. Cuando se habla del «derecho de propiedad» como de un «derecho de ciudadanía» o «civil» semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo (como el derecho a hacerse deudores, acreedores, empresarios o trabajadores dependientes) a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo (como el derecho de disponer de un bien o de obligarse a una prestación) a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y

en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente diversos de los derechos reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos; del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es diverso del derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones. Por otro lado, si se asume que son fundamentales todos los derechos universales, es decir, reconocidos a todos en cuanto personas o ciudadanos, entre ellos están comprendidos también los derechos sociales, cuya universalidad no está excluida, como entienden, por ejemplo, Jack Barbalet y Danilo Zolo, por el hecho de que las prestaciones que cada uno tiene derecho a pretender sean inevitablemente diversas y de contenido determinado, puesto que se concretan en función de las condiciones económicas del beneficiario[15]. También son inevitablemente diversos los pensamientos que cada uno puede expresar en uso de la libertad de manifestación del pensamiento.

La segunda diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales va unida a la primera y es quizá aun más relevante. Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales —de la propiedad privada a los derechos de crédito— son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Éstos se acumulan, aquéllos permanecen invariables. No cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. Los derechos patrimoniales, al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian, se venden. Las libertades, por el contrario, no se cambian ni se acumulan. Aquéllos sufren alteraciones y hasta podrían extinguirse por su ejercicio; éstas no varían por la forma en que se las ejerza. Se consume, se vende, se permuta o se da en arrendamiento un bien de propiedad. En cambio, no se consumen y tampoco pueden venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal o los derechos civiles y políticos.

Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aun mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía[16]. Es evidente que se trata

de una diferencia vinculada a la primera, es decir, al carácter singular de los derechos patrimoniales y al universal de los derechos fundamentales. Los derechos patrimoniales son singulares en la medida en que pueden ser objeto de cambio en la esfera del mercado además de resultar —por ejemplo, en el ordenamiento italiano, conforme al artículo 42.3 de la Constitución— susceptibles de expropiación por causa de utilidad pública. Por el contrario, los derechos fundamentales son universales por cuanto excluidos de tal esfera, de manera que nadie puede privarse o ser privado o sufrir disminución en los mismos, sin que con ello dejen de ser iguales o universales y, por consiguiente, fundamentales.

Resulta, así, convalidada nuestra noción formal de derecho fundamental: la vida, la libertad personal o el derecho de voto son fundamentales no tanto porque corresponden a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles. Es algo tan cierto que allí donde estuviera permitida su disposición —por ejemplo, admitiendo la esclavitud, o de cualquier modo la alienación de las libertades, de la vida, del voto— éstos resultarían también (degradados a) derechos patrimoniales. Por ello, con aparente paradoja, los derechos fundamentales son un límite no sólo a los poders públicos sino también a la autonomía de sus titulares: ni siquiera voluntariamente se puede alienar la propia vida o la propia libertad. Pero se trata de un límite, paternalista si se quiere[17], lógicamente insuperable. En efecto, la paradoja se produciría cuando faltando ese límite los derechos fundamentales fueran alienables. Pues, en tal caso, también la libertad de alienar la propia libertad de alienar sería alienable, con un doble resultado: que todos los derechos fundamentales cesarían de ser universales, es decir, concernientes a todos en igual forma y medida; y que la libertad de alienar todos los propios derechos —del derecho a la vida a los derechos civiles y políticos— comportaría el triunfo de la ley del más fuerte, el fin de todas las libertades y del mercado mismo y, en último análisis, la negación del derecho y la regresión al estado de naturaleza.

La tercera diferencia es, a su vez, una consecuencia de la segunda y tiene que ver con la estructura jurídica de los derechos. Los derechos patrimoniales, como acaba de verse, son disponibles. Al contrario de los derechos fundamentales, están, pues, sujetos a vicisitudes, o sea, destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos. Esto quiere decir que tienen por título actos de tipo negocial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen. A la inver-

sa, los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional.

Dicho de manera más simple, mientras que los derechos fundamentales *son normas*, los derechos patrimoniales *son predispuestos por normas*. Los primeros se identifican con las mismas normas o reglas generales que los atribuyen: por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento está dispuesta en Italia por el artículo 21 de la Constitución y no es otra cosa que la norma que él mismo expresa[18]. En cambio, los segundos son siempre actuaciones singulares dispuestas por actos a su vez singulares y pre-dispuestas por las normas que los prevén como sus efectos: por ejemplo, la propiedad de este vestido mío no es dispuesta, sino predispuesta por las normas del código civil como efecto dispuesto de la compraventa disciplinada por ellas. Podemos llamar *normas téticas* a las del primer tipo, que inmediatamente disponen las situaciones expresadas mediante ellas. Aquí entran no sólo las normas que adscriben derechos fundamentales sino también las que imponen obligaciones o prohibiciones, como las normas del código penal y las señales de carretera. Llamaré, en cambio, *normas hipotéticas* a las del segundo tipo, que no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas. Entran aquí no sólo las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también las que predisponen obligaciones civiles como efectos de actos negociales o contractuales. Las primeras expresan la dimensión nomoestática del ordenamiento; las segundas pertenecen a su dimensión nomodinámica. Tanto es así que mientras los derechos patrimoniales son siempre situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición a su vez productivos de derechos y de obligaciones en la esfera jurídica propia o ajena (contratos, testamentos, donaciones y similares), el ejercicio de los derechos de libertad consiste siempre en meros comportamientos, como tales privados de efectos jurídicos en la esfera de los demás sujetos.

Hay, en fin, una cuarta diferencia, también formal y no menos importante, para comprender la estructura del Estado constitucional de derecho. Mientras los derechos patrimoniales son, por así decir, *horizontales*, los derechos fundamentales son, también por decirlo de algún modo, *verticales*. En un doble sentido. Ante todo en el sentido de que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista —contractual, sucesorio y similares—, mientras las que se

producen entre los titulares de los derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo (sólo o también) frente al Estado. En segundo lugar, y sobre todo, en el sentido de que mientras a los derechos patrimoniales corresponden la genérica prohibición de no lesión en el caso de los derechos reales o bien obligaciones de deber en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos. «La declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores», afirma el artículo 1 de la sección «deberes» de la Constitución francesa del año III. Y es precisamente en este conjunto de obligaciones, o sea, de límites y de vínculos puestos para tutela de los derechos fundamentales, donde reside la *esfera pública* del Estado constitucional de derecho —en oposición a la *esfera privada* de las relaciones patrimoniales— y la que al comienzo he llamado la dimensión «sustancial» de la democracia.

4. *Derechos fundamentales y democracia sustancial*

Llego, así, a la segunda tesis que me propongo desarrollar aquí. ¿En qué sentido los derechos fundamentales expresan la dimensión que he llamado «sustancial» de la democracia, en oposición a la dimensión «política» o «formal»? Y ¿en qué sentido incorporan valores previos y más importantes que los de la democracia política?, ¿en qué sentido, por tanto, la tesis de Gerber que los califica de «efectos reflejos» y las de Jellinek y de Santi Romano que los consideran como el producto de una auto-obligación o de una auto-limitación del Estado, es decir, como concesiones potestativas siempre revocables o limitables, son fruto de una incomprensión, que equivale de hecho a su negación como vínculos constitucionales a los poderes públicos?

La respuesta a estas preguntas, aunque relativa al plano de los contenidos de los derechos fundamentales, o sea, a la naturaleza de las necesidades protegidas por ellos, es en gran parte consecuente al análisis que precede sobre sus caractéres estructurales: universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución *ex lege* y rango habitualmente constitucional y por ello supraordenado a los poderes públicos como parámetros de validez de su ejercicio.

Precisamente, en virtud de estos caracteres, los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos —en garantía de intereses y necesidades de *todos* estipulados como vitales, por eso «fundamentales» (la vida, la libertad, la subsistencia)— tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado. La forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela, en otras palabras, como la técnica —o *garantía*— prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado «fundamental». Es decir, de esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado. A la pregunta «¿qué son los derechos fundamentales?», si en el plano de su forma se puede responder *a priori* enumerando los caracteres estructurales que antes he señalado, en el plano de los contenidos —o sea, de qué bienes son o deben ser protegidos como fundamentales— sólo se puede responder *a posteriori*: cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés, se les sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría. Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia.

De aquí la connotación «sustancial» impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional. En efecto, las normas que adscriben —más allá e incluso contra las voluntades contingentes de las mayorías— los derechos fundamentales: tanto los *de libertad* que imponen prohibiciones, como los *sociales* que imponen obligaciones al legislador, son «sustanciales», precisamente por ser relativas no a la «forma» (al *quién* y al *cómo*) sino a la «sustancia» o «contenido» (al *qué*) de las decisiones (o sea, al *qué* no es lícito decidir o no decidir). Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayorías son normas *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecibible*: de lo *no decidible que*, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.

Cierto que esta identificación del paradigma del «Estado de de-

recho» con la dimensión «sustancial» de la democracia puede parecer singular, aunque sólo sea por los múltiples usos ideológicos que han desgastado en el pasado la expresión «democracia sustancial»[19]. Y, sin embargo, es precisamente con la sustancia de las decisiones con lo que que tienen ver las obligaciones y las prohibiciones impuestas a la legislación por los derechos fundamentales estipulados en las normas sobre la producción, que por eso podemos llamar «sustanciales» (por ejemplo, las contenidas en la primera parte de la Constitución italiana), que establecen las condiciones de su *validez*, a diferencia de las normas que llamaré «formales» (las contenidas en la segunda parte) que dictan las condiciones de su *vigencia*. En efecto, en el Estado democrático de derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia *formal* o *política*, en cuanto disciplinan las *formas* de las decisiones que aseguran la expresión de la volutad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la *sustancia* (o el *significado*) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia *sustancial*.

El paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho generada por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial o, si se quiere, entre la weberiana «racionalidad formal» y «racionalidad material». En virtud del reconocimiento de esta disociación se desvanece la que Letizia Gianformaggio ha llamado «presunción de regularidad de los actos realizados por el poder» en los ordenamientos positivos[20], tanto más si son políticamente democráticos, ya que el principio formal de la democracia política, relativo al *quién* decide y al *cómo* se decide —en otras palabras, el principio de la soberanía popular y la regla de la mayoría— se subordina a los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos a *lo que no es lícito decidir* y a *lo que no es lícito no decidir*.

De este modo, los derechos fundamentales sancionados en las constituciones —de los derechos de libertad a los derechos sociales— operan como fuentes de invalidación y de deslegitimación más que de legitimación. Por eso, su configuración como «elementos orgánicos del Estado» y «efectos reflejos» del poder estatal, en la cita de Gerber que he recogido y, más en general, en la doctrina de los derechos públicos elaborada por la iuspublicística alemana e italiana

del siglo pasado, es toda una inversión de su significado y expresa una profunda incomprensión del constitucionalismo y del modelo del Estado constitucional de derecho. Pues, es cierto, estos derechos existen como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidos en las constituciones. Pero, precisamente por eso, represtan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenado a él. Por tanto, no se trata de «derechos del Estado», «para el Estado» o «en interés del Estado», como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos *hacia* y, si es necesario, *contra el Estado*, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría. Más aún, el hecho de que, como se ha hecho ver en el apartado precedente, los derechos fundamentales no estén previstos por normas como efectos de actos preceptivos singulares, sino que ellos mismos *son* normas, retroactúa sobre la naturaleza de la relación entre los sujetos y la Constitución. En efecto, de aquí se sigue que de estas normas, o sea, de la parte sustancial de la Constitución, son, por decirlo así, «titulares», más que destinatarios, todos los sujetos a los que las mismas adscriben los derechos fundamentales. A ello se debe la imposibilidad de que sean modificadas por decisión de la mayoría. En principio, tales normas están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como *inviolables*, de manera que todos y cada uno son sus titulares.

Desde este punto de vista, podemos decir que el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. En un doble sentido. En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como *causa* precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia[21].

De este modo, se revelan las ascendencias teóricas de los derechos fundamentales, bien diversas de las civilistas y romanistas de los derechos patrimoniales. Si es cierto que los derechos fundamen-

tales no son sino el contenido del pacto contituyente, hemos de reconocer a Thomas Hobbes, teórico del absolutismo, la invención de su paradigma. Este paradigma es el expresado en el derecho a la vida como derecho inviolable de todos, de cuya tutela depende la justificación de la superación del *bellum omnium* del estado de naturaleza y la construcción de «ese gran Leviatán que llamamos república o Estado, en latín *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido»[22]. En definitiva, la configuración del Estado como esfera pública instituida y garantía de la paz, y al mismo tiempo de los derechos fundamenteles, nació con Hobbes.

Esta esfera pública y este papel garantista del Estado, limitados por Hobbes de manera exclusiva a la tutela del derecho a la vida, se extendieron históricamente, ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales: a los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas; después, a los derechos políticos, con la progresiva ampliación del sufragio y de la capacidad política; más tarde, al derecho de huelga y los derechos sociales, en las constituciones de este siglo, hasta los nuevos derechos, a la paz, al medio ambiente y a la información hoy objeto de reivindicación pero todavía no constitucionalizados. Los derechos fundamentales se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos[23]. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo. Se puede decir que las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: desde las revoluciones liberales contra el absolutismo real de siglos pasados, hasta las constituciones de este siglo, incluidas la italiana de 1948 y la española de 1978, nacidas de la Resistencia y del rechazo del fascismo, como pactos fundantes de la democracia constitucional. También forma parte de esta historia la extensión, aunque sea embrional, del paradigma constitucionalista al derecho internacional. En efecto, igualmente en la historia de las relaciones internacionales, con la institución de la ONU y de las cartas internacionales de dere-

chos humanos, se produjo una ruptura de las que hacen época. La ruptura de ese *Ancien Régime* internacional nacido hace tres siglos de la paz de Wesfalia, fundado en el principio de la soberanía absoluta de los Estados y que fue a quebrar con la tragedia de las dos guerras mundiales.

5. *Derechos fundamentales y ciudadanía*

Esta internacionalización de los derechos fundamentales es la tercera de las tesis indicadas al principio y en la que ahora voy a detenerme. Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son «fundamentales» no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no, pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías.

Ahora bien, este cambio corre el riesgo de ser desconocido por una parte relevante de la actual filosofía política. Dos años después de la *Declaración universal de derechos*, Thomas Marshall, en el ensayo antes recordado *Citizenship and Social Class*, identificó con la ciudadanía todo el variado conjunto de los derechos fundamentales, en los que distinguió tres clases: los *derechos civiles*, los *derechos políticos* y los *derechos sociales*, todos llamados, indistintamente, *derechos de ciudadanía*. Semejante tesis, que está en contradicción con todas las constituciones modernas —no sólo con la *Declaración universal de derechos* de 1948, sino trambién con la mayor parte de las constituciones estatales que confieren casi todos estos derechos a las «personas» y no sólo a los «ciudadanos»— ha sido relanzada en los últimos años[24], precisamente cuando nuestros acomodados países y nuestras ricas ciudadanías han comenzado a estar amenazadas por el fenómeno de las inmigraciones masivas. En suma, llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales, se ha negado su universalidad, condicionando todo su catálogo a la ciudadanía con independencia del hecho de que casi todos, exceptuados los derechos políticos y algunos derechos sociales, son atribuidos por el derecho positivo —tanto estatal como internacional— no sólo a los ciudadanos sino a todas las personas.

En la base de esta operación hay una deformación del concepto de «ciudadanía», entendido por Marshall no como un específico *sta-*

tus subjetivo añadido al de la «personalidad», sino como el presupuesto de todos los derechos fundamentales, incluidos los de la persona, a comenzar por los «derechos civiles» que, en todos los ordenamientos evolucionados y a pesar de su nombre, conciernen a los sujetos no en cuanto ciudadanos sino únicamente en cuanto personas[25]. Así, la ciudadanía viene a ocupar el puesto de la igualdad como categoría básica de la teoría de la justicia y de la democracia. Para Marshall esta sustitución y el anclaje de todos los derechos fundamentales en la ciudadanía respondían quizá a la voluntad de proporcionar un fundamento teórico más sólido a las políticas del *Welfare*. Su objetivo —y éste es, indudablemente, el aspecto progresivo— era ofrecer, mediante tal categoría, una base teórica a los derechos sociales, a la vista de la superación en sentido socialdemócrata de los viejos modelos liberal-democráticos, que precisamente en aquellos años tenía lugar en los países de capitalismo avanzado. Así, pues, por un lado, se abandonaba la categoría de la igualdad justo en el momento en que la calidad de persona y la titularidad universal de los derechos habían sido solemnemente reconocidas a todos los seres humanos del planeta, no sólo por las nuevas constituciones estatales de posguerra sino también por la *Declaración universal* de 1948. Mientras que, por otro, la asunción de los derechos sociales como derechos tan vinculantes e inderogables como los clásicos derechos de libertad servía para conferir una nueva densidad a la calidad de la democracia. Por lo demás, en los tiempos de Marshall todavía los procesos de globalización y de integración mundial y los fenómenos migratorios no habían llegado al punto de poner en estridente contradicción los derechos del hombre y los derechos del ciudadano.

Es más difícil comprender el sentido de la operación a cincuenta años de distancia del ensayo de Marsahall. En efecto, de un lado, como se ha visto, muchos teóricos actuales de la ciudadanía han llegado a negar o al menos a poner en duda la naturaleza de «derechos» de los derechos sociales y así a abandonar la idea de un Estado social de derecho basado, precisamente, en los derechos y no en la discrecionalidad de los aparatos, frente a la crisis de eficiencia y de legalidad del Estado social considerada irreversible. Mientras, del otro lado, frente a la paralela crisis del Estado nacional y de la soberanía estatal, a la que está conectada la ciudadanía, parece hoy todavía menos legítimo declinar los derechos fundamentales en términos estatalistas. En efecto, la soberanía, incluso la de los países más fuertes, junto a los límites impuestos a la misma por la estipulación de los derechos, se ha desplazado a sedes supranacionales. Al

mismo tiempo, el crecimiento de las interdependencias y a la vez de las desigualdades entre países ricos y países pobres y los fenómenos migratorios y de globalización nos advierten de que caminamos hacia una integración mundial. Que el desarrollo de ésta se produzca bajo la enseña de la opresión o de la violencia o, por el contrario, de la democracia y de la igualdad va a depender también del derecho.

En estas condiciones, la categoría de la ciudadanía corre el riesgo de prestarse a fundar, antes que una categoría de la democracia basada en la expansión de los derechos, una idea regresiva y a la larga ilusoria de la democracia en un solo país, o mejor en nuestros ricos países occidentales, al precio de la no-democracia en el resto del mundo[26]. Con el resultado de una grave pérdida de cualidad de los derechos fundamentales y de nuestro modelo de democracia, cuya credibilidad está plenamente ligada a su proclamado universalismo. Como sabemos muy bien, estos derechos han sido siempre universales sólo de palabra, pues si normativamente desde la *Declaración* francesa de 1789 se han proclamado siempre como derechos de la persona, *de facto* han sido siempre derechos del ciudadano. Y esto porque de hecho, en la época de la Revolución francesa y luego durante todo el siglo pasado y la primera mitad de este siglo, hasta la *Declaración universal* de 1948 y los años en que escribía Marshall, la disociación entre «persona» y «ciudadano» no planteaba ningún problema, al no pesar sobre nuestros países la amenaza de la presión migratoria. Pero sería hoy una triste quiebra de nuestros modelos de democracia, y con ellos de los llamados valores de Occidente, que nuestro universalismo normativo fuera a ser negado precisamente en el momento mismo en que resulta puesto a prueba.

Es claro que a largo plazo —en el que las interdependencias, los procesos de integración y las presiones migratorias están destinados a aumentar— esta antinomia entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus confines estatalistas, por su carácter cada vez más insostenible y explosivo, tendrá que resolverse con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades. Pero es también claro que si se quiere prevenir gradual y pacíficamente estos resultados y al mismo tiempo dar respuestas inmediatas al que es, ahora ya, el problema más grave de la humanidad y el mayor desafío de la democracia, la política y, antes aun, la filosofía política deberían secundar estos procesos, tomando conciencia de la crisis irreversible de las viejas categorías de la ciudadanía y de la soberanía, así como de la inadecuación de ese débil

remedio de su valencia discriminatoria que ha sido hasta hoy el derecho de asilo.

El derecho de asilo tiene un vicio de origen y es que representa, por así decir, la otra cara de la ciudadanía y de la soberanía, es decir, del límite estatalista impuesto por éstas a los derechos fundamentales. Además, tradicionalmente ha estado siempre reservado sólo a los refugiados por persecuciones políticas, raciales o religiosas, y no para los refugiados por lesiones del derecho a la subsistencia. Estos presupuestos tan restrigidos reflejan una fase paleoliberal del constitucionalismo, en la que, por un lado, los únicos derechos fundamentales reconocidos eran los derechos políticos y de libertad negativa, de cuyas violaciones eran víctimas sólo reducidas *élites* percibidas por las *élites* liberales de los países de acogida como sus «semejantes» y, por otro lado, las emigraciones por razones económicas se desarrollaban prevalentemente dentro de Occidente, de los países europeos a los americanos, en beneficio recíproco.

Hoy, tales presupuestos del viejo derecho de asilo han cambiado. Las actuales constituciones europeas y las cartas internacionales de derechos han añadido, a los clásicos derechos de libertad negativa, una larga serie de derechos humanos positivos —no sólo a la vida y a la libertad, sino también a la supervivencia y a la subsistencia— desgajándolos de la ciudadanía y haciendo también de su goce la base de la moderna igualdad *en droit* y de la dignidad de la persona. Por tanto, no existe razón para que esos presupuestos no se extiendan asimismo a las violaciones más graves de estos otros derechos, es decir, a los refugiados económicos además de a los políticos. Por el contrario, ha prevalecido la tesis restrictiva, posteriormente desarrollada por las recientes leyes sobre la inmigración, más restrictivas todavía. El resultado es un cierre de Occidente sobre sí mismo que lleva consigo el riesgo de provocar no sólo la quiebra del diseño universalista de la ONU, sino también una involución de nuestras democracias y la formación de una nueva identidad como identidad regresiva, compactada por la aversión hacia el diverso y por lo que Habermas ha llamado «chauvinismo del bienestar»[27]. En efecto, existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo. Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico[28].

6. *Derechos fundamentales y garantías*

Los argumentos teórico-jurídicos con los que habitualmente se replica la tesis del carácter supranacional de los derechos humanos, sean de libertad o sociales, son de cuño realista. Los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos, porque están desprovistos de garantías. Por la misma razón, como se ha visto, según muchos filósofos y politólogos, tampoco serían derechos los derechos sociales, igualmente carentes de las adecuadas garantías jurisdiccionales[29]. Esta tesis, cuya formulación clásica de debe a Hans Kelsen, es la última de las cuatro que al principio me he propuesto confutar. Se concreta en la afirmación de que, más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho.

Así, hemos llegado a la cuarta cuestión enunciada al principio, que es previa a cualquier discurso sobre los derechos, ya sean de derecho interno o de derecho internacional: la de la relación entre los derechos y sus garantías. Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes. Bastaría esto para desaconsejar la identificación y justificar la distinción entre *derechos* y *garantías* en el plano teórico. Las definiciones teóricas son definiciones estipulativas, cuya aceptación depende de su aptitud para satisfacer las finalidades explicativas y operativas que con ellas se persiguen.

Pero no es ésta la razón principal —necesaria además de suficiente— para distinguir conceptualmente entre *derechos subjetivos*, que son las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y los deberes correspondientes que constituyen las *garantías* asimismo dictadas por normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos, que forman las que en el apartado 2 he llamado *garantías primarias*, o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras, que forman las que he llamado *garantías secundarias*. Lo que hace necesaria esta distinción es una razón bastante más de fondo, intrínsecamente ligada a la naturaleza *positiva* y *nomodinámica* del derecho moderno.

En un sistema nomoestático, como es la moral y como sería un sistema de derecho natural fundado únicamente sobre principios de razón, las relaciones entre figuras deónticas son relaciones puramente lógicas: dado un derecho, o sea, una expectativa jurídica positiva o negativa, existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente; dado un permiso positivo, el comportamiento permitido no está prohibido y, por tanto, no existe la obligación correlativa; dada una obligación, no está permitida la omisión del comportamiento obligatorio y, por consiguiente, no existe el correlativo permiso negativo, mientras que sí existe el correspondiente permiso positivo. En estos sistemas la existencia o la no existencia de tales figuras deónticas está implicada y es deducida de la existencia de las asumidas como «dadas». Consecuentemente, en ellos no existen ni antinomias ni lagunas: cuando dos normas entren en contradicción, una de las dos debe ser excluida como inexistente, más que como inválida. Éste es el sentido del principio iusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem*: en ausencia de criterios formales de identificación del derecho existente, los únicos criterios disponibles son los criterios lógicos y racionales de tipo inmediatamente sustancial, es decir, ligados a lo que dicen las normas.

Todo esto no es verdadero en los sistemas nomodinámicos de derecho positivo. En estos sistemas la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea, de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica, depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como *hecho empírico*, del acto de su producción. Por consiguiente, es muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista —aun cuando debiera existir— la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé. Como también es posible que, dado un permiso, exista —aun cuando no debiera existir— la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé.

En suma, en tales sistemas, son posibles y en alguna medida inevitables tanto las lagunas como las antinomias. De aquí se deriva que en estas condiciones, expresadas por el principio positivista *auctoritas non veritas facit legem*, las tesis de la teoría del derecho, cual la definición de derecho subjetivo como expectativa jurídica a la que corresponde una obligación o una prohibición, son tesis de tipo deóntico o normativo, no sobre el ser sino sobre el deber ser del derecho de que se habla, del mismo modo que lo son las definiciones de la prohibición como no permiso de la actuación y de la obliga-

ción como permiso de la omisión, y hasta el mismo principio lógico de no contradicción.

Tornemos ahora al examen de la noción kelseniana de «derecho subjetivo». Kelsen lleva a cabo no una sino dos identificaciones o reducciones del derecho subjetivo a los imperativos que a éste le corresponden. La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular, o sea, la que he llamado *garantía primaria*: «No hay derecho subjetivo en relación con una persona —afirma— sin el correspondiente deber jurídico de otra»[30]. La segunda es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, la que he llamado *garantía secundaria*: «El derecho subjetivo [consiste] no en el presunto interés, sino en la protección jurídica»[31].

Ahora bien, estas identificaciones son tesis teóricas, con seguridad, no menos verdaderas de lo que puedan serlo las equivalencias lógico-deónticas entre permiso de la actuación y no prohibición, entre permiso de la omisión y no obligación, entre prohibición y no permiso de la actuación y entre obligación y no permiso de la omisión. Pero como éstas, según se ha visto, pueden ser desmentidas, o, mejor, violadas por la realidad efectiva del derecho.

Ciertamente, es posible que en un sistema de derecho positivo existan de hecho *antinomias*, o sea, contradicciones entre normas, más allá de la existencia de criterios para su solución, que, a su vez, también es un hecho; que junto a la libertad, y por tanto al permiso de manifestar libremente el propio pensamiento exista, como por ejemplo en el derecho italiano, la prohibición penal de *vilipendio* o de otros delitos de opinión. En tales casos no podemos negar la existencia de normas en conflicto, o sea, en nuestro ejemplo, la existencia del permiso y a la vez de la prohibición del mismo comportamiento. Sólo se podrá decir que las normas sobre delitos de opinión son normas inválidas, aunque existentes o vigentes hasta que sean anuladas por la Corte constitucional. En suma, el principio de no contradicción, o sea, la prohibición de antinomias, es, respecto al derecho positivo, un principio normativo.

De forma análoga, es muy posible que de hecho no exista la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del otro. En otras palabras, que existan *lagunas primarias*, por defecto de estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las *garantías primarias* del derecho subjetivo, y *lagunas secundarias*, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, o sea, a

aplicar las *garantías secundarias*. Pero tampoco en tales casos es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un «derecho de papel»[32] y afirmar la obligación del legislador de colmarla. También el principio de plenitud, es decir, la prohibición de lagunas, es, como el principio de no contradicción, un principio teórico normativo.

Posiblemente, en la teoría kelseniana, todo esto se ha visto oscurecido por el hecho de que, en ella, los derechos patrimoniales se toman como figuras paradigmáticas del derecho subjetivo. En efecto, en tales casos la definición teórica de derecho subjetivo como expectativa a la que corresponde un deber no plantea ningún problema, sobre todo por lo que se refiere a las garantías primarias, dado que no parece tratarse de una tesis normativa sino que corresponde exactamente a lo que de hecho sucede: «uno de los contratantes —escribe Kelsen— tiene un derecho contra el otro sólo cuando éste está obligado a conducirse en cierta forma frente al primero; el segundo tiene un deber jurídico sólo en cuanto el derecho objetivo establece una sanción para el caso de la conducta contraria»[33]. Pero esto depende del hecho de que, como se ha visto, tales derechos son no dispuestos sino pre-dispuestos por normas hipotéticas como efectos de contratos, los cuales son simultáneamente las fuentes de las correlativas obligaciones que forman sus garantías primarias. Y depende, por otra parte, de la milenaria tradición jurisprudencial del derecho civil que siempre ha asociado estrechamente los derechos patrimoniales al derecho de acción como técnica específica de garantía secundaria.

Diverso es el caso de los derechos fundamentales —de todos, y no sólo de los derechos sociales y de los de orden internacional— que, como he mostrado, son inmediatamente (dispuestos por) normas téticas. En este caso, la existencia de las correspondientes garantías —de las primarias y más todavía de las secundarias— no se da por descontada, al depender de su estipulación expresa por normas de derecho positivo muy distintas de las que adscriben los derechos. Por ejemplo, en ausencia del derecho penal no existiría, cuando menos en virtud del principio de legalidad penal, garantía primaria de ninguno de los derechos tutelados por él, a comenzar por el derecho a la vida. De faltar la norma que prohíbe la privación de libertad sin mandamiento motivado de la autoridad judicial no existiría la garantía primaria de la libertad personal. De forma aun más evidente, en defecto de normas sobre la jurisdicción no existirían garantías secundarias para ningún derecho. Pero, obviamente, sólo por tal

falta y concurriendo las normas que disponen los derechos, sería absurdo negar la existencia de éstos, en vez de, más correctamente, negar la existencia de sus garantías en ausencia de normas que las predispongan.

En suma, es la estructura nomodinámica del derecho moderno la que impone distinguir entre los derechos y sus garantías, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes; la que obliga a reconocer que los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y sólo si también ellas se encuentran normativamente establecidas. Y esto vale tanto para los derechos de libertad (negativos) como para los derechos sociales (positivos), y lo mismo para los establecidos por el derecho estatal que para los establecidos por el derecho internacional. Si no queremos caer en una forma de paradójico iusnaturalismo realista y hacer desempeñar a nuestras teorías funciones legislativas, habremos de admitir que los derechos y las normas que los expresan existen tanto en cuanto son positivamente producidos por el legislador, sea ordinario, constitucional o internacional.

La consecuencia de esta distinción entre derechos y garantías es de enorme importancia, no sólo desde el punto de vista teórico sino también en el plano metateórico. En el plano teórico supone que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexisencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida *laguna* que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar; del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como *antinomias* igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como *actos ilícitos* o anular como *actos inválidos*. En el plano metateórico, la distinción desempeña un papel no meramente descriptivo sino también crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto. Crítico en relación con las lagunas y las antinomias que ésta tiene el deber de poner de relieve, y normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas.

Cuestión distinta es que las garantías sean realizables en concreto. Ciertamente, la enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de *garantías sociales* o *positivas* adecuadas, es de-

cir, de técnicas de defensa y de justiciabilidad parangonables a las aportadas por las *garantías liberales* o *negativas* para la tutela de los derechos de libertad. El desarrollo del *Welfare State* en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos. Todavía menor grado de realización han conocido las garantías en apoyo de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales, que se caracterizan por su casi total inefectividad. Pero esto sólo quiere decir que existe una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuanto fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos.

A este propósito, es necesario distinguir entre posibilidades de realización técnica y posibilidades de realización política. En el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos porque los actos requeridos para su satisfacción serían inevitablemente discrecionales, no formalizables y no susceptibles de controles y coerciones jurisdiccionales. Ante todo, hay que afirmar que esta tesis no vale para todas las formas de garantía *ex lege* que, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas burocráticas y potestativas propias del Estado asistencial y clientelar, podrían muy bien realizarse mediante prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas: como la enseñanza pública gratuita y obligatoria, la asistencia sanitaria asimismo gratuita o la renta mínima garantizada. En segundo lugar, la tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más reciente, que por distintas vías (medidas urgentes, acciones reparatorias y similares) ha visto ampliarse sus formas de protección jurisdiccional, en particular en lo que se refiere al derecho a la salud, a la seguridad social y a una retribución justa. En tercer lugar, más allá de su justiciabilidad, estos derechos tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Sobre todo, en fin, no hay duda de que muy bien podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía. Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciendose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal. Como nada impediría, al menos en una perspectiva técnico-jurídica, la introducción de garantías de derecho internacional, como

la publicación de un código penal internacional y la creación de la correspondiente jurisdicción sobre crímenes contra la humanidad; la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad de todos los actos de los organismos internacionales e incluso de los de todos los Estados por violaciones de los derechos humanos; o, en fin, la imposición y la regulación de ayudas económicas y de intervenciones humanitarias, articuladas con la forma de las garantías, en favor de los países más pobres.

Del todo diversa, aunque a menudo resulta confundida con la primera y hasta atribuida a ésta, es la cuestión de la posibilidad de realización política de tales garantías, en el orden interno y, cosa todavía más lejana y difícil, en el internacional. Ciertamente, la satisfacción de los derechos sociales es costosa, exige la obtención y la distribución de recursos, es incompatible con la lógica del mercado o al menos comporta límites a éste. Es igualmente cierto que tomar en serio los derechos humanos proclamados a nivel internacional exige la puesta en discusión de nuestros niveles de vida, que permiten a Occidente gozar de bienestar y democracia a expensas del resto del mundo. Es verdad, también, que el actual viento neoliberal, que ha hecho un nuevo credo ideológico del absolutismo del mercado y del absolutismo de la mayoría, no permite concebir esperanzas sobre la disponibilidad de los sectores bienpensantes —mayoritarios en nuestros países ricos y en minoría respecto del resto del mundo— a verse limitados y vinculados por reglas y derechos informados en el principio de igualdad. Pero, entonces, digamos que los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías. Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer.

7. *El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho*

Las cuatro tesis que se han desarrollado permiten concebir el constitucionalismo —tal como se ha configurado en este siglo en los ordenamientos estatales democráticos con la generalización de las constituciones rígidas y, en perspectiva, en el derecho internacional con la sujeción de los Estados a las convenciones sobre derechos humanos— como un nuevo paradigma fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo-positivista.

En efecto, el postulado del positivismo jurídico clásico es el *principio de legalidad formal*, o, si se quiere, *de mera legalidad*, como metanorma de reconcimiento de las normas vigentes. Conforme a él, una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción. Como sabemos, la afirmación de este postulado provocó un radical cambio de paradigma respecto del derecho premoderno: la separación entre derecho y moral, es decir, entre validez y justicia, como consecuencia del carácter totalmente artificial y convencional del derecho existente. En el derecho moderno, la juridicidad de una norma ya no depende de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad, o sea, del hecho de ser «puesta» por una autoridad competente en la forma prevista para su producción.

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad* (o *de legalidad sustancial*). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. A través de la estipulación de la que en el apartado 4 he llamado la esfera de lo indecidible (de lo indecidible *que*, que se expresa en los derechos de libertad, y de lo indecidible *que no*, que lo hace en los derechos sociales), las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio pu-

ramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

Este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo —la *Carta* de la ONU de 1945, la *Declaración universal* de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949— se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisionales. Es por lo que se redescubre el significado de «Constitución» como límite y vínculo a los poderes públicos establecido hace ya dos siglos en el artículo 16 de la *Declaración de derechos* de 1789: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución». Se redescubre, en suma —no sólo en el plano estatal sino también en el internacional—, el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de éste.

Se puede expresar el cambio de paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de estos principios, afirmando que la legalidad, merced a esto, resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del *ser* del derecho, es decir, de su «existencia» —ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, «puesto» por el legislador— y también la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de «validez», asimismo positivadas con rango constitucional, como *derecho sobre el derecho*, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica. No se trata de eliminar o de poner en crisis la separación entre derecho y moral realizada con el primer positivismo[34], sino, por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de derecho. En efecto, gracias a esta doble artificialidad, no sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivizadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley. De este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitu-

cional de derecho. Ésta ya no es sólo (mera legalidad) condicionante, sino asimismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados.

El resultado es una alteración interna del modelo positivista clásico que, como se ha visto, ha afectado tanto al derecho como a los discursos sobre éste, es decir, a la jurisdicción y a la ciencia del derecho. En efecto, la estricta legalidad, precisamente porque condicionada por los vínculos de contenido que le imponen los derechos fundamentales, ha introducido una dimensión sustancial tanto en la teoría de la validez como en la teoría de la democracia, produciendo una disociación y una virtual divergencia entre validez y vigencia de las leyes, entre deber ser y ser del derecho, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos.

Por otra parte, esta divergencia —que (si bien sería patológica más allá de ciertos límites) es un rasgo fisiológico de la democracia constitucional, su mayor mérito y su seña de identidad, además de su mayor defecto— ha hecho cambiar también la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica. La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales.

De aquí se sigue una responsabilidad para la cultura jurídica y politológica, que implica un compromiso tanto más fuerte cuanto mayor es esa divergencia, y por consiguiente el cometido de dar cuenta de la inefectividad de los derechos constitucionalmente estipulados. Es una paradoja epistemológica que caracteriza a nuestras disciplinas: formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. Por ello, depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad.

NOTAS

1. Las tesis aquí expuestas se han elaborado de manera mucho más analítica en la obra *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*, de próxima publicación. Mientras, sobre el asunto, remito a mi *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, [3]1998, pp. 908-920); «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *infra*, en este volumen, pp. 97 ss.; «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto», en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos del essere, logos della norma*, Adriatica Editrice, Bari, 1997 (trad. española en *Doxa* 20 [1998], pp. 235-278), donde se definen y formalizan los conceptos de expectativa, garantías primarias y secundarias y derecho subjetivo.

2. Sobre la distinción metateórica entre teoría general del derecho y dogmática jurídica, remito a «La semantica della teoria del diritto», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130. Se presenta expresamente como una «teoría dogmática» de los derechos fundamentales según la Ley fundamental de la República Federeal Alemana la obra de R. Alexy *Theorie der Grundrechte* [1986], trad. española de E. Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 25 y 29.

3. Totalmente independiente de la anterior distinción, formulada sobre la base de los diversos tipos de sujetos cuyos derechos fundamentales son atribuidos por el derecho positivo, es la distinción entre *derechos civiles*, *derechos políticos*, *derechos de libertad* y *derechos sociales*, que, en cambio, hace referencia a su estructura: los derechos civiles y los políticos son, además de expectativas negativas (de su no lesión), poderes para realizar actos de autonomía en la esfera privada y en la esfera política, respectivamente; los derechos de libertad y los sociales son sólo expectativas (negativas o de no lesiones) y positivas (o de prestaciones), respectivamente. Sobre ambas distinciones, remito a «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *infra*, pp. 97 ss.

4. Para una historia de los derechos humanos en la antigüedad, cf. G. Pugliese, «Appunti per una storia della protezione dei diritti umani»: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1989), pp. 619-659; G. Crifó, *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione storica di una vicenda istituzionale*, Bulzoni, Roma, 1984.

5. En Italia la plena capacidad de obrar —y consecuentemente la plenitud de los derechos secundarios, tanto civiles como políticos— no ha sido reconocida a las mujeres hasta este siglo, en 1919, cuando con la supresión de la autorización marital las mujeres adquirieron la plena titularidad de los derechos civiles; y en 1946, cuando les fue reconocido el derecho de voto junto con los demás derechos políticos.

6. J. Locke, *Second Treatise of Government* [1690], trad. española de C. Mellizo, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, cap. 2, apartado 6, pp. 37-38.

7. K. F. Gerber, *Über öffentliche Rechte* [1852], trad. italiana de P. L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, en *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 67, 82. «La posición constitucional de un súbdito —aclara Gerber, que rechaza el concepto de «ciudadano» porque es «exclusivamente político y en abasoluto jurídico»— es la de un dominado estatalmente, y está perfectamente caracterizada por este concepto» (*ibid.*, pp. 65-66); de este modo «el significado general de los llamados derechos del ciudadano (libertades políticas) puede encontrarse sólo en algo negativo, esto es, en el hecho de que el Estado en su dominio y sujeción del individuo se mantiene dentro de sus límites naturales, dejando libre, fuera de su ámbito e influencia, aquella parte de la persona humana que no puede someterse a la acción coercitiva de la voluntad general según las

ideas de la vida popular germánica» (*ibid.*, p. 67). Más aun: «todos los derechos públicos hallan su fundamento, su contenido, su fin en el organismo estatal, en el cual debe realizarse la voluntad nacional en su tender a la realización de la vida colectiva» (*ibid.*, p. 43).

8. F. F. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* [1865], trad. italiana de P. L. Lucchini, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, en *Diritto pubblico*, cit., pp. 107 y 130-133.

9. G. Jellinek habla de «auto-obligación» del Estado (*Das System der subjektiven öffentlichen Rechte* [1892], trad. italiana de G. Vitagliano, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libraria, Milano, 1912, pp. 215 ss.). De forma análoga, Santi Romano habla de «auto-limitación» del Estado («La teoria dei diritti pubblici soggettivi», en V. E. Orlando [ed.], *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* I, Società Editrice Libraria, Milano, 1900, pp. 159-163). Jellinek expresa así la funcionalización de los derechos públicos de los ciudadanos al interés general: «Los intereses individuales se distinguen en intereses constituidos prevalentemente por fines individuales y en intereses constituidos prevalentemente por fines generales. El interés individual reconocido prevalentemente en el interés general constituye el contenido del derecho público» (*op. cit.*, p. 58); «cualquier derecho público existe en el interés general, el cual es idéntico al interés del Estado» (*ibid.*, p. 78).

10. T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* [1950], trad. italiana de P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Utet, Torino, 1976, p. 24 (trad. española de P. Linares, *Ciudadanía y clase social*, de T. H. Marshall y T. Bottomore, Alianza, Madrid, 1998).

11. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* [1960], trad. española de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, p. 141: «Este concepto del derecho subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar, como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superfluo»; «Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como "derecho", entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación» (*ibid.*, p. 140); Id., *General Theory of Law and State* [1945], trad. española de E. García Maynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 94: «El derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo». La tesis, como se ve, recuerda la de Gerber sobre la naturaleza de «derechos reflejos» de los derechos fundamentales.

12. H. Kelsen, *Teoría general...*, cit., p. 102.

13. D. Zolo, «La strategia della cittadinanza», en Id., *La cittadinanza. Appartenenza, identittà, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 33, donde en apoyo de esta tesis invoca «la perspectiva del realismo jurídico, de Roscoe Pound a Karl Olivecrona y Alf Ross».

14. T. Marshall, *op. cit.*, p. 9.

15. D. Zolo, *op. cit.*, pp. 29-35; J. Barbalet, *Citizenship. Rights, Struggle and Class Inequality* [1988], trad. italiana de F. P. Vertova, *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, con introducción de D. Zolo, Liviana, Padova, 1992, pp. 104-109.

16. De estas dos formas de indisponibilidad de los derechos fundamentales —la que se expresa en su inviolabilidad por parte de los poderes públicos y la que lo hace en su inalienabilidad entre particulares— mientras Locke afirmó la primera y negó en parte la segunda (*Segundo tratado*, cit., apartados 149 y 85, pp. 154-155 y 101). Rousseau afirmó la segunda y negó la primera (*Du contrat social* [1762], trad. española de M. Armiño, *Del contrato social*, Alianza, Madrid, 1980, libro I, caps. VI y IX, pp. 21-23 y 28-31; y libro II, caps. IV-V, pp. 36-42).

17. Cf. M. Jori, «La cicala e la formica», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giapichelli, Torino, 1993, pp. 111-112, que juzga «excepcionales y por tanto a justificar una por una» las limitaciones paternalistas que tienen expresión en la indisponibilidad, que es, en cambio, un principio general lógicamente válido para todos los derechos fundamentales.

18. En cambio, distingue expresamente entre «derechos fundamentales» y «normas sobre derechos fundamentales», entre otros, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 47 ss.

19. M. Bovero ha criticado el uso de «democracia sustancial» y la equivalencia entre la dimensión sustancial de la democracia y el garantismo, mantenida por mí (en «La filosofia politica di Ferrajoli», en *Le ragioni del garantismo*, cit., pp. 403-406).

20. L. Gianformaggio, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en *Le ragioni del garantismo*, cit., p. 28.

21. Recuérdense las formulaciones del derecho de resistencia en J. Locke, *Segundo tratado*, cit., apartados 21, 149 y 168, pp. 50-51, 154-155 y 170-172; en J. J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., caps. X y XVIII, pp. 90-92 y 103-105; y en muchas constituciones del siglo XVIII: en el artículo 3 de la *Declaración de derechos* de Virginia de 1786, en el artículo 2 de la *Declaración francesa* de 1789 y en el artículo 3 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793.

22. *Leviatán* [1651], trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, Introducción, p. 13.

23. Sobre los procesos históricos a través de los que han ido multiplicándose, extendiéndose y reforzándose los derechos fundamentales, cf. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 (trad. española de R. de Asís Roig, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991); G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991.

24. Recorriendo el «Saggio bibliografico» de Francesco Paolo Vertova, en *La cittadinanza*, cit., pp. 325-333, se adierte que son poquísimos los libros sobre la ciudadanía publicados antes de finales de los años ochenta.

25. El artículo 7 del *Code civil* de Napoleón, reproducido en muchos otros códigos civiles europeos, establece: «L'exercice des droits civils est indépendant de la qualié de citoyen». Para una crítica más analítica de las tesis de Marshall remito a *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, cit.

26. R. Bellamy, «Tre modelli di cittadinanza», en *La cittadinanza*, cit., pp. 237 ss., ha señalado justamente el sello comunitario de las doctrinas de la ciudadanía, que expresan una concepción de la democracia basada en la «pertenencia a una determinada comunidad».

27. J. Habermas, *Recht und Moral (Tanner Lectures)* [1989], trad. española de M. Jiménez Redondo, «Derecho y moral (*Tanner Lectures*)», incluido en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 535 ss. Cf. también J. de Lucas, *Europa: Convivir con la diferencia. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992; Id., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994; Id., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996.

28. Sobre la interacción entre discriminación de las mujeres en los derechos fundamentales y su percepción como sujetos inferiores, producida en el pasado, cf. Marina Graziosi, «*Infirmitas sexus*. La donna nell'immaginario penalistico»: *Democrazia e Diritto* 2 (1993), pp. 99-143; Id., «En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinacio», trad. de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 30 (1997), pp. 49-56.

29. Recuérdense las tesis de Zolo y Barbalet a las que se hace referencia en las notas 13 y 15.

30. H. Kelsen, *Teoría general...*, cit. p. 88; el derecho «no es otra cosa que el correlato de un deber jurídico» (*ibid.*, p. 90; Id., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 150: «Pero esta situación de hecho, designada como "derecho" o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una».

31. *Teoría general...*, cit., p. 94. Véase también el pasaje citado en la nota 12. Asimismo: el derecho subjetivo es «la posibilidad jurídica» ofrecida a su titular «de provocar la aplicación de la norma sancionadora correspondiente [...] Sólo cuando un individuo se encuentra en tal situación con la norma jurídica, la aplicación de ésta, es decir, la aplicación de la sanción, depende de la expresión de voluntad de un individuo orientada hacia tal objeto, por lo cual el derecho objetivo está a la disposición del mismo individuo, y podemos considerar que el derecho objetivo es "su" derecho subjetivo» (*ibid.*, p. 96); «la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación» (*Teoría pura...*, cit., p. 148).

32. Así llama Riccardo Guastini a los derechos no garantizados («Diritti», en *Analisi e diritto, 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappicchelli, Torino, 1994, pp. *168 y 170*).

33. *Teoría general...*, cit., p. 96. Kelsen hace un discurso similar para los derechos reales: «El derecho reflejo de propiedad no es, propiamente, un derecho absoluto; es el reflejo de la multiplicidad de obligaciones de un número indeterminado de individuos, con respecto de un mismo individuo, en relación a una y la misma cosa, a diferencia del derecho personal que sólo es el reflejo de la obligación de determinado individuo frente a otro individuo determinado» (*Teoría pura...*, cit., p. 145).

34. R. Alexy ha replanteado la tesis de la conexión entre derecho y moral sobre la base de la formulación de las normas constitucionales sustanciales en forma de «principios» (*Begriff und Geltung des Rechts* [1992], trad. española de J. M. Seña, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, [2]1997; y por G. Zagrebelsky, Introducción a R. Alexy, *op. cit.*, trad. italiana de F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, y en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. española de Marina Gascón, Trotta, Madrid, [2]1997. Para un análisis crítico de estas tesis, cf. L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

3

IGUALDAD Y DIFERENCIA

1. *Cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia*

Tengo la impresión de que la mayor parte de las críticas dirigidas durante estos años a la idea de igualdad por el pensamiento feminista de la diferencia parten de una contraposición entre «igualdad» y «diferencia» que se apoya en la ambigüedad del término «igualdad»; y que, además, lo que contesta no es el *valor* de la igualdad, sino el *concepto* de «igualdad jurídica» tal como fue construido por la tradición liberal en los orígenes del Estado moderno. Es tan cierto, que estas críticas, por lo general, no proponen el abandono o la descalificación del «principio de igualdad» y del «universalismo» de los derechos, sino una refundación y una redefinición de uno y otro que no hagan abstracción de la diferencia sexual[1]. Por consiguiente, puede ser útil tratar de hacer un (enésimo) análisis de los dos conceptos de «igualdad» y de «diferencia» para aclarar las relaciones —de negación o de implicación— que se siguen de los diversos significados que pueden asociárseles.

Con ese fin, distinguiré cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos, de la igualdad y de la diferencia. Advierto que hablaré a menudo indistintamente de «diferencia» (sexual) y de «diferencias». En efecto, asumiré la diferencia de sexo, a causa de su carácter originario e insuperable, como una diferencia paradigmática, en el sentido de que ella ofrece el paradigma idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad (de lengua, etnia, religión, opiniones políticas y similares) en oposición a las desigualdades, que, en cambio, no tienen nada que ver con las identidades de las personas sino únicamente

con sus discriminaciones y/o con su disparidad de condiciones sociales.

El primero de los cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia(s) es el de la *indiferencia jurídica de las diferencias*. Según esto, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente, se las ignora. Éste es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa, o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades. Un paradigma anarquista, que en sus formas extremas coincide con la ausencia no sólo de derecho sino de derechos, mientras que en sus formas intermedias tiene realización en las sociedades paleoliberales, singularizadas por el carácter mínimo del derecho y de los poderes del Estado y por el juego libre y desrregulado de los poderes privados. En tales sociedades, el destino de las diferencias aparece confiado a las relaciones de fuerza. Y, en particular, el de la diferencia de sexo se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico «natural» de mujer y de madre.

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Según esto, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como *status* privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras —la de mujer, pero también la de judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etc.— se asumen como *status* discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones. Éste es el paradigma discriminatorio de los ordenamientos jerarquizados de casta o de clase propios de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica y todavía dominantes en el mundo jurídico premoderno. Pero también el paradigma que persiste en los orígenes de la modernidad, cuando la igualdad y los consecuentes derechos «universales» aparecen pensados y proclamados, en las primeras constituciones liberales, únicamente con referencia al sujeto macho, blanco y propietario, al extremo de haber podido convivir hasta este siglo con la discriminación de las mujeres en materia de derechos políticos y de muchos derechos civiles y, en los Estados Unidos, con el mantenimiento de la esclavitud hasta bien avanzada la mitad del siglo pasado. Es claro que las diferencias

—a comenzar por la sexual— se encuentran en este modelo pensadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa si cubiertas con el manto de un falso universalismo.

El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*: las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en *status* privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas, o, peor aun, reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogo al precedente. Opuesto, porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades, sino, por el contrario, a su anulación; análogo, por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad —ya sea connotada en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa— como «normal» y, al mismo tiempo, «normativa». Es el modelo de la serialización, propio de los diversos socialismos reales y burocráticos. Pero es también, con las debidas diferencias, el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término «normal» y «normativo» de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él[2]. Así, la diferencia femenina no sufre discriminación en el plano jurídico, puesto que en este plano resulta desconocida, ocultada y enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son consideradas o se finge que son (como los del) varón y se asimilan a ellos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento. Pero, precisamente porque desconocida de derecho, aquélla resulta penalizada de hecho —lo mismo para las mujeres que se asimilan que para las que no se asimilan— por los amplios mágenes de inefectividad de la proclamada igualdad.

Pero existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual *valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales— y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. A diferencia del primero, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a

todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero le separa el dato de que no desconoce las diferencias, sino que, al contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma, destinada como todas las normas a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.

Me parece que esta es la clave conforme a la que deben ser interpretados los párrafos 1.º y 2.º del artículo 3 de la Constitución italiana, que, en su conjunto, diseñan un modelo normativo integrado de igualdad formal y sustancial basado en la «igual dignidad» de las diferencias y, a la vez, en la garantía de su efectividad. En efecto, mientras el párrafo 1.º afirma la «igualdad de todos ante la ley» y la «igual dignidad social» de todos los ciudadanos «sin distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales», el 2.º párrafo explicita el carácter normativo y de proyecto de tal igualdad, partiendo del reconocimiento de su virtual inefectividad en presencia de los «obstáculos» de orden económico, social y cultural que la limitan «de hecho» —como los que producen en concreto las múltiples discriminaciones de las mujeres en la vida social y que aquél prescribe que deben ser «removidas» mediante la introducción de las garantías adecuadas.

2. *«Igualdad» como norma, «diferencia» como hecho*

Me parece que —excluido el primer modelo, caracterizado por la absoluta anomia y, así, por la irrelevancia en derecho y la relevancia fáctica de todas las diferencias— las ideas de igualdad contestadas por el pensamiento feminista son esencialmente dos. La primera, históricamente combatida y derrotada por el pensamiento emancipacionista, es la que subyace al segundo modelo: la igualdad como falsa universalización del sujeto masculino que también en el plano normativo excluye —no contempla, desplaza, ignora— al sujeto femenino, discriminándolo en el goce de muchos de los derechos que se dicen universales. La segunda, criticada por el pensamiento de la diferencia y siempre presente en el sentido común, es la que está en la base del tercer modelo: la igualdad en los derechos del hombre y del ciudadano, que, sin embargo, precisamente porque basada, como en el modelo precedente, sobre la asunción del sujeto masculino como parámetro, se resuelve en la asimilación jurídica de las mujeres a los varones y, por consiguiente, en una ficción de igualdad que deja de hecho sobrevivir a la desigualdad como producto del desconocimiento de la diferencia. La igualdad del primer tipo es una igualdad amputada también en el plano jurídico, relativa sólo a una parte privilegiada de seres humanos arbitrariamente confundidos con la totalidad. La del segundo tipo es una igualdad jurídica que, al no hacerse cargo de las diferencias y de su concreta relevancia en las relaciones sociales, está destinada a permanecer ampliamente inefectiva y a ser desmentida por las desigualdades concretas en las que de hecho se transmutan las diferencias.

En ambos casos la igualdad contestada se opone a las diferencias, en cuanto es entendida no como valor sino como hecho (o ficción de un hecho), no como principio normativo sino como tesis descriptiva (o presuntiva), no como deber ser sino como ser; por negarla a partir del hecho de que *existen* diferencias, o por afirmarla debido al hecho de que *no existen* (se finge, o se presume que no existen) diferencias. Los seres humanos son «iguales» entre sí en cuanto identificados únicamente con los sujetos varones, ciudadanos, blancos, alfabetizados y propietarios, en el primer caso, y en cuanto las mujeres, los no ciudadanos, los negros, los analfabetos y los que nada tienen, sean igualados o asimilados a tales sujetos, en el segundo. Correlativamente, las diferencias resultan en un caso reconocidas no sólo de hecho sino también de derecho, mientras que en el otro aparecen ignoradas no sólo de derecho sino también de hecho.

El mérito del pensamiento feminista ha sido haber denunciado también el alcance discriminatorio de este último modelo, siempre operativo en la cultura corriente, y haber demostrado su carácter de tributario en relación con el primero. A mi juicio, esta denuncia se encuentra expresada con la máxima claridad en los escritos de Adriana Cavarero. En efecto, la crítica de la moderna igualdad desarrollada por Cavarero va dirigida, precisamente, al hecho de que se predica, en este tercer modelo, sobre la base de una «ficción» y, por tanto, de un «como si»[3] (que las mujeres no existieran, que el género humano no estuviera compuesto de varones y mujeres, o que las mujeres fueran [iguales que los] hombres): es decir, de una hipótesis empírica que niega o ignora las diferencias o que, en todo caso, hace indebida abstracción de ellas. De este modo, es claro que la «igualdad», al configurarse como un hecho, resulta una mistificación.

Esta concepción de la igualdad es, sin duda, la dominante en el pensamiento político clásico. En toda la tradición clásica, de Aristóteles a Hobbes, de Locke a gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad (o, correlativamente, de la desigualdad) ha sido siempre razonada con argumentos de hecho de tipo cognoscitivo: los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren y, además, porque se encuentran todos en la misma situación de hacerse daño unos a otros[4]; o porque, escribía Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades[5]. Es claro que semejantes tesis eran argumentos muy débiles en apoyo (del valor) de igualdad y sirvieron del mismo modo —a veces en el mismo autor, como es el caso de Locke[6]— para sostener la tesis opuesta de la desigualdad. Incluso es probable que, precisamente, la larga persistencia de la concepción de la igualdad como «hecho» esté en el origen de la configuración de la igualdad como «asimilación» de las diferencias, propia del tercer modelo antes ilustrado, y de sus ambiguas coincidencias con el segundo.

Pero el principio de igualdad, tal como resulta proclamado en la *Declaración de derechos* de 1789 y después en todas las cartas constitucionales, admite también —a despecho de la representación simbólica de tipo masculino que está en sus antecedentes— una interpretación completamente diversa: no como tesis descriptiva, sino precisamente como principio normativo; no como aserción sino como prescripción; no en términos de ser sino en términos de deber ser. La gran innovación introducida por la *Declaración* de 1789 —incomprendida, incluso, por algunos grandes pensadores del tiempo, como Bentham, que la entendió como una poco hábil traducción en forma de ley de una (falsa) tesis de filosofía políti-

ca[7]— fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Esto quiere decir que desde entonces la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una aserción, sino una prescripción, establecida normativamente, según nuestro cuarto modelo, precisamente porque se reconoce (descriptivamente) que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad.

Ahora bien, me parece que las críticas dirigidas por Cavarero al concepto de igualdad tienen que ver más bien con su uso asertivo, conforme al esquema clásico, que con el normativo: la igualdad, en sus propias palabras, como producto de «un esfuerzo de abstracción de la teoría dirigido a la eliminación de cualquier diferencia»[8]. Prueba de ello es el hecho de que tales críticas consisten esencialmente en argumentos asertivos: «ningún neutro en carne y hueso ha sido visto jamás en circulación»[9]; «en este mundo nacen y viven varones y mujeres, y no varones neutros y universales»[10]. El equívoco es aún el premoderno de la igualdad como aserción, verificada o refutada por otra aserción, que estaba justamente en la base de los mismos argumentos con que Joseph de Maistre contestaba, en *Considérations sur la France* de 1797, los «derechos del hombre»: «La Constitución de 1795 está hecha para el *Hombre*. Pero en el mundo no hay *Hombres*. He visto, en mi vida, Franceses, Italianos, Rusos. Y sé también, gracias a Montesquieu, que se puede ser Persa. Pero declaro no haber encontrado en mi vida al *Hombre*; si existe, yo no lo conozco»[11].

Es claro que si hacemos semejante uso asertivo de «igualdad», el principio de igualdad resulta *contradicho* —como sucede en nuestro tercer modelo, que ignora y asimila las diferencias— por la constatación de hecho de que las personas son diferentes y que, en particular, no son neutras, sino sexuadas como varones o como mujeres. Pero la contradicción desaparece si se reconoce que la igualdad, en el uso que de ella se hace en las normas constitucionales, es, cabalmente, una norma. Y que, por consiguiente, existe asimetría entre igualdad y diferencias. «Igualdad» es término normativo: quiere decir que los «diferentes» deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. «Diferencia(s)» es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer «igualdad» a «di-

ferencias». Y si una «diferencia» como la sexual resulta de hecho ignorada o discriminada, ello no quiere decir que la igualdad es «contradicha», sino simplemente que es *violada*.

Es lo acontecido con las *Declaraciones* del siglo XVIII, que entraron en contraste no sólo con la realidad de las relaciones sociales sino también con el derecho entonces vigente. Es bien cierto que esta antinomia fue debida y al mismo tiempo largamente ocultada por el hecho de que el modelo normativo de la igualdad había sido pensado con referencia exclusiva al sujeto macho, así como blanco, propietario y ciudadano. Es también cierto que semejante operación se basaba en una implícita e inconfesada teoría descriptiva de la igualdad y de la desigualdad que, del mismo modo que en nuestro segundo modelo, asumía como «iguales» y antes aun como «personas» solamente a los varones blancos, propietarios, instruidos y ciudadanos y sólo por sucesivas asimilaciones, de idéntica forma que nuestro tercer modelo, a todos los seres humanos diferentes de ellos. Es así como de hecho el modelo universalista ha podido ser desatendido durante mucho tiempo, no sólo en el plano de los hechos, sino también en el del derecho a través de las múltiples discriminaciones de mujeres, prolerarios, analfabetos y, hoy todavía, de todos los no-ciudadanos, siempre excluidos de la clase de los «iguales». Pero esto quiere decir, simplemente, que aquél ha sido y continúa siendo violado, como por desgracia ha acaecido y sigue acaeciendo con muchos otros principios y derechos constitucionales. De otra parte, sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que siempre puede existir entre normas y hechos, la inefectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas.

3. *Igualdad* en droits, *identidad, diferencias, desigualdades y discriminaciones*

Ahora es posible analizar la relación entre igualdad como norma y diferencia(s) como hechos a partir de los argumentos, a su vez jurídico-normativos, con referencia a los cuales la igualdad se establece normativamente.

Estos argumentos no son otra cosa que derechos: «les hommes —dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789— naissent et demeurent libres et égaux *en droits*». La *igualdad jurídica* es precisamente

esta igualdad *en droits*. Es la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que —en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida— son llamados «universales» o «fundamentales». También la *desigualdad jurídica*, lo digo inmediatamente, es una desigualdad *en droits*, sólo que ésta hace referencia a la titularidad de aquellos derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales de propiedad y de crédito, que son derechos *excludendi alios*, que pertenecen a cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás. La «igualdad jurídica» es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta ese metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que «todos» son igualmente titulares del mismo. De donde se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.

Las dimensiones de la igualdad dependen, de un lado, de la extensión de la clase de sujetos («todos») a que se refiere la igualdad; del otro, de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal. Bajo ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa. El primero es el significado de la segunda y ésta crece con el crecimiento de aquél: en el plano intensional con el aumento de la cantidad de los derechos fundamentales y, por consiguiente, de las expectativas negativas (de ejercicio sin obstáculos de las libertades) y positivas (de satisfacción de necesidades vitales) garantizadas a todos del mismo modo mediante su sustracción a la disponibilidad del mercado y a la discrecionalidad del Estado; en el plano extensional con el desarrollo del proceso de universalización de la clase de sus titulares, hasta la coincidencia de ésta con la totalidad de los seres humanos. Así, en el esquema hobbesiano la única igualdad jurídica está en el derecho a la vida, que es el único derecho fundamental garantizado por el contrato social, mientras que, por lo demás, todas las diferencias, empezando por la sexual, quedan abandonadas a las dinámicas «naturales» y, así, destinadas a convertirse en desigualdades. En el paradigma lockiano y luego en el de las primeras constituciones liberales, la igualdad se amplía a la garantía de los derechos de libertad y de autonomía privada, pero queda por mucho tiempo subjetivamente limitada a los ciudadanos varones, alfabetizados y propietarios. En fin, en el curso de los últimos dos

siglos el modelo se expande, de un lado con la multiplicación de los derechos fundamentales, ya no sólo civiles y políticos sino también sociales, del otro con la progresiva desaparición de las diferenciaciones jurídicas de *status* —por nacimiento, censo, instrucción y, sólo al final, por sexo— excepción hecha del último privilegio de *status*, la ciudadanía, que a causa de los confines estatalistas del derecho moderno continúa excluyendo, como un gran *apartheid* mundial, a todos los no-ciudadanos del goce de la mayor parte de los derechos fundamentales. De cualquier modo, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes.

La igualdad jurídica se detiene aquí. Aparte la igualdad de derecho en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las personas son de hecho diversas unas de otras por diferencias «de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales», según la fórmula del artículo 3,1 de la Constitución italiana. Pero son diversas, de derecho y de hecho, en la titularidad de los derechos no fundamentales. Del mismo modo que la igualdad jurídica se define a través de los derechos fundamentales y viceversa, la desigualdad jurídica depende en su definición de la esfera de los derechos patrimoniales de los que cada uno es titular con exclusión de los demás, así como de los múltiples papeles de poder personificados o sufridos por cada uno. Y son, en fin, diversas de hecho, pero no de derecho, por las desigualdades —estas últimas *antijurídicas*— producidas, en violación del principio de igualdad, por las discriminaciones de sus diferencias.

A partir de estos presupuestos, se comprende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las *diferencias* —sean naturales o culturales— no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los *derechos fundamentales*. Las *desigualdades* —sean económicas o sociales— son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*. Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales *de libertad*; las otras son, si no re-

movidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales *sociales*. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las «diferencias»; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las «desigualdades».

De otra parte, la igualdad, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva, como todas las normas, en diversos grados; tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales, a causa de las múltiples *discriminaciones* con las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales. Precisamente, las discriminaciones son las desigualdades antijurídicas, puesto que consisten —por la violación del principio de igualdad establecido por el artículo 3,1 de la Constitución italiana— en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por él. Por consiguiente, son las discriminaciones las que deben ser analizadas y reconocidas como productos ilegítimos de esos «obstáculos» de orden social y cultural que, como dice el artículo 3,2 de aquélla, «limitan de hecho la libertad y la igualadad de los ciudadanos». La elaboración teórica y la realización práctica de *garantías* idóneas a «removerlas» es el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática del derecho[12].

4. *Diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres*

¿Cómo retroactúa este paradigma normativo de la igualdad sobre la diferencia de sexo? La diferencia sexual, seguramente primaria y paradigmática, ¿es por ello pensable, valorizable y garantizable, o, por el contrario, impone una posterior revisión o cuando menos una precisión y, tal vez, la elaboración de alguna forma de «derecho de la diferencia» o de «derecho sexuado»?

Me parece que puede ser útil articular la respuesta a estas preguntas distinguiendo dos órdenes de cuestiones. El primero —ligado a la dimensión teórica de la *normatividad* del principio de igualdad— es el de la posible relevancia de la diferencia sexual sobre la estructura o sobre la naturaleza misma de los derechos fundamentales de los que se sustancia la igualdad. El segundo —ligado a la dimensión práctica de la *efectividad* del mismo principio— es el de las discriminaciones de las mujeres de las que se viola este prin-

cipio y de las específicas garantías jurídicas requeridas para su remoción.

Después de lo dicho hasta ahora, me parece claro que también la valorización de la diferencia sexual se funda esencialmente en el principio normativo de la igualdad, en el sentido indicado de que la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales. De ello se sigue que nuestro paradigma, al identificar el derecho a la igualdad con el derecho a la identidad diferente, excluye que las diferencias sean erigidas en *status*, incluso con el loable intento de conseguir una mayor incisiva tutela y valorización de las mismas, y confía en cambio su afirmación únicamente a los derechos de libertad, es decir, a la igualdad en su libre expresión y autodeterminación. En suma, con esta base, ninguna identidad-pertenencia debe asumir la relevancia jurídica de un *status* personal diverso y específico. El paradigma normativo aquí delineado comporta que las diferencias —entre varones y mujeres, como entre blancos y negros o entre cristianos y musulmanes— no se afirman ni se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre *status*, sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide la igualdad, y, por otro lado, con el desarrollo de sus técnicas de garantía.

Dicho esto, hemos de preguntarnos si justamente la definición aquí propuesta de la igualdad como igualdad *en droits* no comporta una diferencia no sólo de hecho sino también de derecho entre mujeres y varones, ligada a la existencia de derechos fundamentales específicamente de las mujeres. ¿Existen derechos fundamentales «de las mujeres» y *sólo* de las mujeres? En el debate feminista han emergido principalmente tres: la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en tema de aborto. No obstante, me parece que la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo no son derechos sólo de las mujeres. Ahora bien, estas libertades exigen, además de las garantías previstas para todos los seres humanos, formas específicas y diferenciadas de garantías ligadas, como veremos, a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres. Pero esto tiene que ver con la segunda de nuestras dos cuestiones, la ligada a la dimensión de la efectividad de los derechos y no la relativa a su dimensión normativa, que es la aquí analizada.

Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad

(y consecuentemente de aborto), del que hay que decir enseguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación, pues, por lo general, su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de legalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la «soberanía» de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo[13]; porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento —aunque sea de procreación— para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación —la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo— en contraste con todos los principio liberales del derecho penal[14]. En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir *constituyente*, de tipo pre- o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto.

Ahora bien, si es cierto que por todas estas razones semejante derecho debe corresponder exclusivamente a la mujer, al menos en relación con este derecho varones y mujeres no son (o mejor, visto que este derecho no ha sido todavía reconocido, no deberían ser) jurídicamente iguales. Al menos para este derecho la diferencia sexual debe traducirse en derecho desigual o, si se quiere, «sexuado». Y, sin embargo, con paradoja aparente, este derecho de género no contradice, sino que, al contrario, está implicado por nuestro paradigma normativo de la igualdad, y precisamente en su nombre debe ser reivindicado. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le per-

tenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un «derecho a la paternidad voluntaria» análogo y simétrico al «derecho a la maternidad voluntaria», por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada tambiém al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas.

Por lo demás, un discurso análogo vale para todos los derechos conexos a la maternidad, como el de un periodo de baja y otras formas de tutela previstas en el derecho del trabajo, que son derechos de las mujeres en el sentido de que no pueden más que estar referidos exclusivamente a ellas, siendo sólo un enmascaramiento de esta especificidad asimilarlos, según el paradigma de la homologación, a la baja por enfermedad y decir que, como los demás derechos de los trabajadores, corresponden a todos sólo si son (o cuando resultan ser) también mujeres, además de trabajadores.

5. *Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia*

La segunda cuestión antes apuntada, la de las múltiples discriminaciones que de hecho violan el principio normativo de la igualdad entre varones y mujeres, es mucho más importante.

En cuanto norma, en efecto, la igualdad no describe sino que prescribe, y como todas las normas está destinada a un grado más o menos elevado de inefectividad. El problema jurídico, teórico y práctico, planteado por la diferencia sexual es entonces el de la elaboración y la puesta a punto de garantías, que bien se podrían llamar *garantías sexuadas*, idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica. Es claro que tanto la identificación de tal divergencia como la de las garantías capaces de reducirla deben partir, según el esquema indicado del artículo 3,2 de la Constitución italiana, no de las normas, sino de los hechos; no de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.

La naturaleza y el grado de tales discriminaciones dependen de la diversa estructura de los diferentes derechos fundamentales y de las correspondientes garantías. A tal fin, es necesario distinguir dos clases estructuralmente diversas de derechos fundamentales: los derechos de libertad o de autonomía, sean éstos «libertades de» (o *facultas agendi*) o «libertades frente a» (o inmunidades), a las que corresponden prohibiciones de lesión o de impedimento impuestas a otros sujetos, públicos y/o privados; y los derechos-expectativas o «derechos a», a los que corresponden obligaciones positivas de prestación o de satisfacción por parte de otros sujetos.

Es evidente que las garantías de los derechos de libertad y de autonomía son las que menos se prestan a discriminaciones. En efecto, estos derechos —de la libertad de conciencia a la libertad de manifestación del pensamiento, de la libertad de asociación y de reunión a la libertad de personal frente a arrestos arbitrarios, de los derechos políticos de sufragio activo a todos los derechos civiles— están igualmente garantizados, para las mujeres y para los varones, por otras tantas prohibiciones que sancionan sus violaciones como inválidas, cuando sean debidas a organismos públicos, o como ilícitas, cuando sean cometidas por particulares[15].

Hay, sin embargo, una específica libertad «frente a» o derecho-inmunidad de cuya violación son víctimas, por lo general, las mujeres y siempre por obra de los varones: la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por violencias o molestias de naturaleza sexual. Ya he dicho que esta libertad es un derecho fundamental no exclusivamente femenino, estando en principio reconocida y garantizada asimismo a los varones. No obstante, sus violaciones, puesto que de ellas son víctimas sobre todo las mujeres y siempre por parte de los varones, hacen de ellas un derecho prevalentemente femenino, confiriéndole el carácter de un específico *habeas corpus* de la mujer cuya tutela requeriría específicas garantías sexuadas. Aquí me limito a señalar dos, una de carácter penal, la otra de carácter procesal, que en su conjunto servirían para tutelar y para valorizar la subjetividad de la parte ofendida. En el plano penal, la violencia y la molestia sexual deberían ser configuradas como delitos cuyo elemento objetivo depende necesariamente de la valoración de la parte ofendida, la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia sexual, es decir, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente molesto o no deseado[16], que es una cuestión, téngase en cuenta, del todo diversa e independiente de la de la prueba del hecho señalado como violento o molesto, que, obviamente, no puede sustraerse al principio general de la presunción de inocencia has-

ta prueba en contrario[17]. En el plano procesal, el mismo carácter de imprescindible de la valoración subjetiva de la mujer además de la tutela de su autodeterminación deberían asignarle un poder no-fiscalizable en materia de acción penal: en tal dirección se movía una enmienda Gramaglia-Bassanini a la propuesta de ley sobre la violencia sexual que —superando la vieja contraposición entre procedibilidad de oficio y querella de parte— proponía introducir, junto a la procedibilidad de oficio, un derecho de oposición en favor de la mujer que le permitiría impedir el proceso en los quince días precedentes a la incriminación[18].

Pero donde la discriminación de las mujeres llega al más alto grado es en la satisfacción de los derechos-expectativa o «derechos a», como el derecho al trabajo, los derechos políticos de sufragio pasivo, los de acceso y carrera en la función pública y, más en general, todos los de distribución de recursos. Es sobre todo aquí donde se revela el alcance discriminatorio de la igualdad como homologación; la cual, precisamente porque pensada como «hecho» modelado sobre la normalidad masculina, vale sólo para las que se asimilan a los varones actuando como *ellos*, imitando sus estilos y opciones de vida, aceptando sus tiempos y reglas. Es aquí donde la diferencia resulta desvalorizada de hecho y discriminada con menoscabo de las mujeres por los muchos obstáculos de tipo social y cultural que la penalizan en beneficio de los varones, banalizando en la práctica el principio de igualdad. Es, pues, tomando en consideración estos obstáculos y el modo en que operan al discriminar las diferencias como deben elaborarse las garantías sexuadas.

Estas garantías pueden ser de dos tipos, según que la igualdad perseguida con ellas imponga que la diferencia *no tenga* relevancia como fuente de discriminación o de privilegios, o, al contrario, que *tenga* relevancia para no ser discriminada. En las garantías del primer tipo, dirigidas a evitar que aparezca la diferencia, está comprendida la prohibición en materia laboral de las *contrataciones mediante convocatoria nominativa*. Se trata de una vieja garantía conquistada a través de las luchas sindicales de los años setenta, hoy de hecho ineficaz, y que debería completarse con la exclusión de la «oferta de trabajo sexuada», es decir, la dirigida a discriminar a las mujeres en el reclutamiento del personal dependiente, pero también, quizá, de la destinada a favorecerlas en actividades laborales de carácter subalterno («se necesita secretaria» o «empleada del hogar»).

Entran, en cambio, dentro de las garantías del segundo tipo, previstas con el fin de evidenciar la diferencia, las ofrecidas por las llamadas «acciones positivas». Este tipo de acciones suele suscitar sos-

pechas y es sustancialmente rechazado también por una parte del pensamiento feminista, dado que sugiere finalidades de tutela que sancionarían de hecho la desigualdad. Sin embargo, me parece que una crítica de esta clase contradice las mismas premisas de una política del derecho dirigida a la defensa de la diferencia frente a las discriminaciones de que ésta ha sido objeto, y, paradójicamente, genera el riesgo de acreditar el modelo homologador y descriptivo en lugar del normativo de la igualdad. En efecto, si se considera que la igualdad de tipo homologador opera de hecho como una regla que seleccione positivamente a quien se adapta al modelo normativo dominante y negativamente a quien no lo hace, entonces se justifica otra regla que seleccione positivamente la diferencia discriminada y que, según una feliz expresión de Letizia Gianformaggio, opera como «una suerte de regla [transitoria] de actuación»[19] del principio normativo de igualdad, y precisamente de su corolario la igualdad sustancial perseguida por el artículo 3,2.º de la Constitución italiana, al menos si se admite —algo que se da por descontado— que una política de la diferencia deba ser (también) una política del derecho. En cambio, si se cuestiona semejante regla de actuación de la igualdad, incluso con el argumento de que la acción positiva confirmaría la desigualdad precisamente al tutelar la diferencia discriminada, se asume implícitamente que la igualdad realizada de ese modo operaría con menoscabo de las diferencias individuales de «mérito» (sea cual fuere el significado que se dé a este término), y, por tanto, se supone que la discriminación no existe, al ser los criterios de «mérito» tomados en consideración, perfectamente objetivos, neutrales e imparciales, por contraste con la lamentada discriminación[20].

Por otra parte, de manera diversa a las otras diferencias, la diferencia sexual, al dividir en dos el género humano, permite evitar cualquier diferenciación jurídica entre varones y mujeres, cuando se prevea la realización de acciones positivas. En efecto, como sucedió, aunque con alguna vacilación, en la ley sobre elecciones municipales[21], puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares. Es cierto que en materia de representación este tipo de garantía impide la formación de listas sólo de mujeres y deforma, en el caso de extenderse a todos los elegidos, su distribución en proporción a los votos emitidos. Pero la primera objeción puede ser superada mediante la previsión —como alternativa a la formación de listas que respeten la presencia de ambos géneros en la cuota establecida— de la posibilidad de listas ex-

clusivamente de género (de mujeres o de varones, en su totalidad), que, así, se caracterizarían no por una opción «casual» sino por una opción política declaradamente sexuada y como tal sometida, para bien y para mal, a la valoración del electorado. En cuanto a la segunda, se resiente de la aceptación acrítica como objetivos de los mecanismos de selección y valoración que, como se ha dicho, obstaculizan de hecho la actuación del principio de igualdad; sin contar con que el principio proporcional ha sido ya lesionado, de forma muy clara, con su explícito abandono por la vía del referéndum y por la actual orientación hacia la adopción de sistemas mayoritarios.

Hay, en fin, un tercer orden de garantías sexuadas ligadas a la diferencia y asimismo impuestas por nuestro principio normativo de igualdad. La diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad femenina. Se ha hablado de algunos derechos previstos específicamente para las mujeres en las leyes laborales. A éstos pueden añadirse, siempre en materia de trabajo, también las garantías específicamente femeninas de todos los demás derechos. Por ejemplo, en una fábrica milanesa las mujeres rechazaron casi por unanimidad el resultado de un referéndum sobre trabajo nocturno, aceptado por la totalidad (mayoritaria) de los varones, a causa de su diferente modo de vivir la relación entre tiempo de vida y tiempo de trabajo. Y, en otra, rechazaron también un análisis de orina impuesto por razones de prevención sanitaria a todos los trabajadores, con el argumento de que esta prueba habría revelado un posible embarazo. Es claro que ambos rechazos se produjeron en nombre de la diferencia pero, al mismo tiempo, también de la igualdad. De la igualdad en el respeto de la diferencia y, por tanto, en la titularidad y garantía de los derechos, comenzando por el derecho de autodeterminación: ninguna mayoría puede decidir en materia de derechos por cuenta de los demás, y tanto más cuando la minoría tiene intereses ligados a su diferencia.

En esta perspectiva, todo el campo del derecho del trabajo y más aun el del derecho administrativo deberían tener en cuenta las diferencias de sexo, no ciertamente para privilegiar a uno de los dos géneros, sino para respetarles a ambos. Me parece que ésta es una preciosa indicación ofrecida por la concepción del derecho público que, adoptando la idea normativa de la «igualdad de las capacidades fundamentales» avanzada por Amartya Sen, atribuye a los servicios públicos y más en general a la administración pública, no tanto y no

sólo la tarea tradicional de ofrecer bienes y prestaciones, sino la de promover la autorrealización de las específicas y diversas capacidades de todas las personas, poniéndolas en las mejores condiciones de ejercitarlas y desarrollarlas, tarea ésta que es seguramente más respetuosa de la autonomía individual y colectiva. En efecto, es evidente que igual respeto y valorización de las capacidades quiere decir, antes que otra cosa, igual respeto y valorización de las diferencias, a comenzar —en un mundo institucional pensado y organizado sobre todo por (y para) los varones— por la diferencia sexual[22]. Semejante orientación —en sintonía con las recientes teorías «relacionales», «horizontales», «discursivas» y «auto-reflexivas» del derecho, ilustradas por Giuseppe Bronzini[23]— apunta, más que a la ampliación asistencial de los beneficios, a la creación de instrumentos, espacios, lugares y ámbitos de vida, orientados a la autodeterminación de los sujetos individuales y sociales, concebidos unos y otros no como partes pasivamente destinararias de la actuación administrativa, sino como sujetos activos, a cuyas capacidades de opción, iniciativa, experimentación, expresión, interacción, socialización y control están finalizadas las instituciones públicas[24].

6. *Diferencia, igualdad y derecho sexuado*

Todo esto, es decir, la existencia al menos de un derecho fundamental que corresponde exclusivamente a las mujeres, como el de la maternidad voluntaria y la instauración de nuevas y específicas garantías sexuadas, ¿es suficiente para poner en crisis el valor del principio de igualdad?, ¿para hacernos pensar que estamos fuera del paradigma de la igualdad?

Creo que se debe decir exactamente lo contrario. Es decir, que el valor de la igualdad resulta confirmado y reafirmado, si bien en un sentido más complejo y articulado que el corriente, en virtud del análisis de la diferencia y de las implicaciones que de ella deben extraerse para una igual y efectiva valorización de las diversas identidades. En efecto, diremos que somos iguales precisamente porque lo somos en todos los derechos que tienen que ver con nuestras diferentes identidades, o sea, en los derechos fundamentales, entre los cuales está incluso el derecho de las mujeres a la maternidad voluntaria, que, ciertamente, no se refiere a la identidad y la diferencia masculina, sino sólo a la identidad y la diferencia femenina. Diremos, además, que, precisamente porque todo el ordenamiento tiene el cometido, como dice el artículo 3,2 de la Constitución italiana, de

«remover los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana» hacen falta garantías idóneas para perseguir la efectividad de la igualdad y de los derechos que la sustancian, impidiendo la discriminación de la diferencia sexual como desigualdad. En los dos casos, entre igualdad y diferencia(s) no sólo no existe contradicción sino que se da implicación recíproca. Pues el término que se opone a «diferencia» no es «igualdad», sino «desigualdad».

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.

En cambio, el asunto de si el derecho fundamental de las mujeres a la autodeterminación de la maternidad y los distintos tipos de garantías sexuadas, uno y otros requeridos por el modelo normativo de igualdad aquí diseñado, merecen en su conjunto el nombre de «derecho sexuado», es una pura cuestión de palabras. Lo que importa es lo que está detrás de las palabras. Y sean bienvenidas las nuevas palabras si sirven para evidenciar problemas tradicionalmente aplazados u ocultados, y para conferir radicalidad y consciencia a la reivindicación de los derechos de la persona y a la realización del valor de la igualdad.

NOTAS

1. Por ejemplo, M. G. Campari y L. Cigarini, «Fonte di un nuovo diritto»: *Sottosopra* (enero de 1989), pp. 6-7, proyectan un «derecho femenino que producirá, como es típico del derecho, reglas y mediaciones universales, es decir, que valgan para los hombres y las mujeres», si bien a partir de la «constatación de que los sexos son dos»; de manera que «su universalidad es una forma histórica y lógicamente nueva». I. Dominijanni («Donna si nasce, differenti si diventa. L'uguaglianza e il percorso femminista»: *Il bimestrale* [suplemento del n.º 25 de *Il Manifesto*, 3 de enero de 1989, p. 75) propone un cambio de paradigma en la concepción de la igualdad, que ponga en discusión la categoría de la «igualdad moderna» basada en la «amnesia de la diferencia sexual», sobre el presupuesto, no obstante, de que la oposición es «no diferencia sexual

contra igualdad, sino diferencia sexual contra la noción de igualdad que acompaña al paradigma de la política moderna». Del mismo modo, M. L. Boccia, en «L'uguaglianza impermeabile. Il corpo femminile ridisegna l'orizzonte dei diritti uguali» (*ibid.*, p. 84), sostiene una noción de «igualdad como forma de una relación en la que la diferencia no se estructura dentro de un orden jerárquico sino, al contrario, se pone como fundamento de la reciprocidad». Dicho de forma más precisa, la idea de una «igualdad compleja [...] entre identidades no reducibles a una medida común», cuya relación con la diferencia «no es resoluble en la distinción lógica entre particular y general» y a la que se «reconducen algunas ideas guía de la práctica feminista», como «la parcialidad del sujeto que es correlativa al principio mismo de la diferencia sexual», «el vínculo de la interdependencia», «la indisponibilidad» del cuerpo, «la no prevalencia de ningún bien sobre los demás», ni siquiera el «representado por el poder político».

2. Para un análisis más profundo de este modelo, cf. M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, an American Law*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1990, pp. 22 y 51-60. Véase también L. Gianformaggio, «Uguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?», en G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 220-222, que habla de un tercer sentido «ni descriptivo, ni prescriptivo», sino «valorativo», en el cual «igualdad» y «diferencia» son usados en la relación varón/mujer. En este tercer sentido, «igual» y «diverso» no designan propiedades relativas, transitivas y recíprocas entre términos intercambiables conforme a una «unidad de medida común» a ambos, sino «propiedades absolutas», que se refieren «siempre a una operación de medida ya realizada» y expresan «la relación de comparación entre la entidad medida y la unidad de medida». «De manera que decir que *A* es igual a *B* significa decir que *A* es conforme al modelo constituido por *B*. Y si *B* constituye el modelo, no puede decirse que —él— es diverso y tampoco igual... Reléase la frase de MacKinon: "¿Por qué habría que ser iguales que los hombres blancos para tener lo que ellos tienen, si, para tenerlo, los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?"». Cf., además, L. Gianformaggio, *Identity, Equality, Similarity and the Law*, Ponencia en el XVI Congreso Mundial de Filosofía del derecho celebrado en Reikiavik, Islandia, del 23 de mayo al 2 de junio de 1993; Id., «Law, Justice and the State»: *Rechstheorie* 15 (1993), pp. 121-134.

3. A. Cavarero, «La congiura delle diferenti. Contro l'esclusione o l'assimilazione ad opera del maschile-universale»: *Il Bimestrale*, cit., pp. 79 ss. Cf. también, de la misma autora, «Per una teoria della differenza sessuale», en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milano, 1987, pp. 43 ss.; «L'emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità»: *Reti* 2 (1988), pp. 43 ss.; «Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale»: *Democrazia e Diritto* 2 (1990), pp. 221-241.

4. Th. Hobbes, *De cive*, trad. española de J. Rodríguez Feo, *El ciudadano*, Trotta, Madrid, 1999, I, apartado 3, p. 17; Id., *Leviatán*, cit., cap. 13, pp. 105 ss.; Id., *Elementos de derecho natural y político*, trad. de D. Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, primera parte, cap. XIV, párrafos 2-3, pp. 201-202, donde el principio de igualdad se deriva de la igual capacidad de los hombres de hacerse daño y matarse unos a otros.

5. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., cap. 2, apartados 4-5, pp. 36-37, que funda «la igualdad natural entre los hombres» en el hecho de que son «criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto de las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades».

6. *Ibid.*, cap. 6, apartado 60, donde la desigualdad se afirma: «si, por causa de las deficiencias que puedan tener lugar al margen del curso ordinario de la naturaleza, hay alguien que no alcanza un grado de razón en el que pueda suponérsele capaz de cono-

cer la ley y de vivir conforme a sus reglas», de modo que éste «nunca podrá ser un hombre libre, nunca podrá dejársele a disposición de su voluntad. Pues un hombre así no tiene conocimiento de los límites de ésta, ni tiene entendimiento, que es la guía apropiada para los actos voluntarios»; J. Locke, *Della guida dell'intelligenza nella ricerca della verità*, trad. italiana de E. Cipriani, Carabba, Lanciano, 1933, cap. II, p. 60: «Es de todos conocido que el ingenio humano varía de uno a otro y que algunos son por naturaleza tan superiores a los demás que no hay potencia de arte o fuerza de habilidad que pueda hacer a unos capaces de realizar lo que los otros ejecutan sin esfuerzo y fatiga; la desigualdad natural permanece incluso entre los hombres educados del mismo modo».

7. J. Bentham, *Anarchical Fallacies*, trad. francesa de E. Dumont, de 1816, *Sophismes anarchiques*, en *Oeuvres de Jerémie Bentham* I, Société Belgue de Librairie, Bruxelles, 1840, p. 507, donde la *Declaración* es atacada como un «gran error», incluso como «un concentrado de errores», en el cual «se reconocen los miembros dispersos de Mably, Rousseau, Raynal, Condorcet, Diderot, Price, Priestley y otros muchos» que allí comparecen pero no como «teorías» de autores individualmente considerados, sino como un conjunto de «falsos principio sancionados por una asamblea» bajo la forma de «enunciados legales». En particular, escribe Bentham, la proclamación de los «derechos naturales e imprescriptibles del hombre» en el artículo 2 es una proposición «absolutamente falsa», fruto de «una confusión de ideas tan grande que no es posible asociarle algún sentido», dado que «no existen derechos anteriores a la institución del Estado» (pp. 511-512). Sin comprender que la *Declaración* no era, en efecto, una teoría sino, precisamente, una norma que transformaba en derechos «positivos» los derechos «naturales» hasta entonces sólo teorizados, inaugurando así el paradigma constitucional del estado de derecho como sistema de límites y vínculos normativos impuestos también al legislador.

8. A. Cavarero, «L'ordine dell'uno non è l'ordine del due», en M. L. Boccia e I. Peretti (eds.), *Il genere della rappresentanza*, «Materiali e atti 10», suplemento de *Democrazia e Diritto* 1 (1988).

9. *Ibid.*, p. 71.

10. A. Cavarero, *Il modello democratico...*, cit., p. 233.

11. J. de Maistre, *Considérations sur la France*, en *Oeuvres du comte J. De Maistre*, Aux Ateliers Catholiques du Petir-Montrouge, Paris, 1841, p. 50.

12. Para un análisis más detallado de la relación entre igualdad, diferencias, desigualdades y derechos fundamentales y patrimoniales, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, [3]1998, pp. 905-920 y a «Note critiche ed autocritiche intorno alla discusiones su *Diritto e ragione*», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 505-512, en respuesta a las intervenciones de M. Bovero, M. Jori y C. Luzzati, en el mismo volumen.

13. «Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano» (J. Stuart Mill, *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1970, p. 66).

14. Para un análisis de todas estas razones, remito a mi trabajo «Aborto, morale e diritto penal», en *Prassi e teoria* 3 (1976), pp. 397-418. Cf. también *Derecho y razón*, cit, pp. 459-479.

15. El primer caso es el de las violaciones (también) de derecho, las cuales consisten en normas jurídicas; el segundo es el de las discriminaciones (sólo) de hecho, que consisten en prácticas sociales. Sin embargo, también las discriminaciones de derecho se configuran como hechos respecto al principio normativo de igualdad, que es generalmente un principio de rango constitucional: en efecto, todo fenómeno normativo es configurable como norma en relación con los hechos que regula y como hecho en

relación con las normas de grado superior por las que es regulado. Como consecuencia del proceso de emancipación femenina, y en particular de las reformas en materia de derecho de familia y de ciudadanía de los años setenta y ochenta, las discriminaciones de derecho casi han desaparecido y la igualdad de derecho está ampliamente realizada.

16. Ésta es la opción acogida por la propuesta de ley 546, de 5 de agosto de 1992, titulada «Normas para la tutela de la dignidad y libertad de la persona que trabaja, frente a las molestias sexuales en los lugares de trabajo», cuyo artículo 3 define como «molestias sexuales»: «todos los comportamientos no deseados con connotación sexual o cualquier otro tipo de comportamiento basado en el sexo que ofenda la dignidad de las mujeres y de los hombres en el mundo del trabajo, comprendidas las actitudes puramente verbales o escritas». Sin embargo, me parece que semejante noción, tomada del artículo 16 de la ley sobre el castigo como delito de las molestias sexuales, es excesivamente vaga y exigiría, para ser conforme al principio de taxatividad y de estricta legalidad penal, una mayor, aunque no fácil, determinación semántica. Otra cuestión es la de la oportunidad de atribuir a la ley penal —y no a la regulación administrativa y, por otra parte, a la tutela civil— la disciplina y las sanciones de las simples molestias sexuales. Sobre el sentido de la valorización de lo «penal» en la movilización de las mujeres contra la violencia sexual y en la construcción colectiva de la identidad femenina, cf. T. Pitch, «Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale»: *Problemi del Socialismo* 27-28 (1983), pp. 192-214; Id., *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Milano, 1989, pp. 84 ss., 193 ss.

17. Me parece inaceptable, y equivalente a la medieval *probatio diabolica*, la «inversión de la carga de la prueba» (no es la mujer la que «debe demostrar que ha sido molestada», sino el acusado «el que debe ocuparse de demostrar la propia inocencia») sostenida por Anna Maria Seganti en una entrevista concedida a Claudia Arletti, «L'avvocato: «Senza prove in tribunale succede così»», en *L'Unità*, 6 de abril 1993, p. 10.

18. La enmienda se encuentra ilustrada, en sus motivaciones y detalles técnicos, en el *Appello* publicado en *Il Manifesto* de 8 de febrero de 1989, p. 1, y con más amplitud, en respuesta a las objeciones producidas, en mi «Soluzione, non mediazione», en *Il Manifesto* de 14 de febrero 1989, pp. 1 y 12.

19. L. Gianformaggio, *Uguaglianza e differenza*..., cit., p. 228. Véase, en las páginas 223 ss., el análisis crítico a que se somete a la equívoca (pero retóricamente eficaz) expresión «discriminación al revés» (*reverse discrimination*), acuñada en los Estados Unidos por los críticos de las acciones positivas y usada entre nosotros también por quienes se muestran favorables a ellas. Cf. también, sobre el mismo tema, Id., «Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?»: *Lavoro e Diritto* 2 (1992), pp. 187-203.

20. L. Gianformaggio, *Uguaglianza e diffrerenza*..., cit., p. 237: «Me parece que un pesupuesto de esta crítica es la idea de que los *tests* con los que de hecho valoran tanto las *diferencias-mérito* como las *diferencias-especificidades individuales* (tanto si se trata de las pruebas electorales como de las relativas a la admisión o la promoción en una carrera laboral) son absolutamente objetivos, neutrales, verdaderamente capaces de atribuir oportunidades a quien, presumiblemente, las disfrutará del modo subjetivamente más gratificante y socialmente más ventajoso. La hipótesis, que ni siquiera se toma en consideración —y sobre la que, en cambio, trabaja la teoría de la diferencia— es que estos criterios, al contrario, están, en el mejor de los casos, dirigidos a, y en situación de, evaluar fundamentalmente el grado de homologación del individuo sometido a ellos, y, en el peor de los casos (que como siempre sucede es el más frecuente), brutalmente orientados a, y en condiciones de, realizar el interés privado, inmediato, miope, particularista, del que establece los criterios y de quien valora los resultados».

Las acciones positivas fueron introducidas en el ordenamiento italiano con la ley 125/1991, de 10 de abril, que en el artículo 1, remitiéndose abiertamente al artículo 3,2 de la Constitución, las justifica con «el fin de [...] realizar la igualdad sustancial entre varones y mujeres» y «de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad de oportunidades».

21. Véase el artículo 7,1 de la ley 81/1993, de 25 de marzo, sobre la elección directa del alcalde, que establece: «En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior a los dos tercios». El inciso «por norma» es claramente fruto de un compromiso y ejemplar por la ambigüedad lingüística ocasionada en la producción legislativa de las incertidumbres y de las mediaciones parlamentarias: el texto de la ley había sido aprobado sin el inciso por la comisión de asuntos constitucionales de la Cámara; ésta había rechazado el párrafo en su totalidad en el pleno, argumentando el contraste con el artículo 3,1 de la Constitución y, evidentemente, ignorando la existencia del 2.º párrafo del mismo artículo; después, el Senado reintrodujo aquél en su totalidad, añadiendo el inciso de compromiso, aceptado, al fin, por la Cámara.

22. A. Sen, *Equility of What?*, ahora en *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Bologna, 1986: Id., *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà* (1991), trad. italiana de L. Piatti, Marsilio, Venezia, 1993; O. de Leonardis, «Diritti, diffrerence e capacità»: *Democrazia e Diritto* 5-6 (1991), pp. 197-218; T. Pitch, «Differenza in comune»: *ibid.*, pp. 219-235; U. Allegretti, *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio?*, ponencia en el congreso de la región de Toscana, celebrado en Florencia los días 19-20 de febrero de 1995 (versión mecanográfica).

23. Cf. G. Bronzini, «Nuove avventure dell'astrazione giuridica»: *Democrazia e Diritto* 2 (1993).

24. O. de Leonardis, *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*, Feltrinelli, Milano, 1990, pp. 9-23, habla de «uso activo» de las instituciones capaz de condicionarlas y de transformarlas: entendidas las instituciones como un conjunto de «espacios», «prácticas» y «artefactos sociales» que «produce (o «inventa») su realidad» en una relación no de antinomia sino de interacción «entre el punto de vista del actor y el del sistema». De forma análoga, Umberto Allegretti, *op. cit.*, babla de «una administración» como «*escenario* o *teatro*» o «lugar escénico», para designar, más que la tradicional «actividad de la administración», los «lugares» o «cuadros logísticos» predispuestos por ésta, en los que «sujetos diversos de la administración desarrollan *su* actividad». Y reclama como modelo las administraciones de entes teatrales o cinematográficos, las organizadoras de exposiciones artísticas, los campos de deportes y, además, las escuelas, los hospitales, las residencias de ancianos, etc., donde la persona no comparece como objeto de administración sino, al contrario, como sujeto activo y que se autodetermina.

4

DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO A LOS DERECHOS DE LA PERSONA

1. *Ciudadanía en sentido jurídico y ciudadanía en sentido sociológico*

La noción de «ciudadanía» ha sido, sin duda, desde la aparición en 1950 del ensayo de Thomas H. Marshall *Citizenship and Social Class*, un parámetro de investigación muy fecundo para ilustrar diversos aspectos sociológicos y políticos de la fenomenología de los derechos, que antes habían pasado inadvertidos a los juristas: así, por ejemplo, su grado de eficacia y de ineficacia, su incidencia efectiva sobre la igualdad, sus interacciones con los conflictos, su relación con la estructura social, con la economía de mercado, la democracia política y las formas del *Welfare State*.

La aproximación sociológica al tema de los derechos sistemáticamente ignorada por la cultura jurídica parece ignorar a su vez, de forma igualmente sistemática, los estudios jurídicos sobre los mismos problemas. Ello ha producido un uso de «ciudadanía» y de «derechos de ciudadanía» que se aleja sensiblemente del uso jurídico de estos mismos conceptos. Una divergencia como ésta, como es natural, no supone en principio ninguna dificultad. Cada disciplina tiene un lenguaje propio, y su validez debe ser valorada según su capacidad explicativa con respecto a su objeto. No obstante, en mi opinión, es singular que al tratar esta clase de cuestiones se prescinda completamente de lo que los juristas designan con estas expresiones haciendo referencia al derecho positivo. Y ello, no porque los juristas gocen en materia de derecho y de derechos de un particular «derecho de ciudadanía», sino porque, si queremos evitar caer en posiciones iusnaturalistas, y formular algo más que meras filosofías de la

justicia, los *derechos* no pueden ser más que lo que los distintos ordenamientos establecen en cada lugar y en cada época.

Por lo demás, la incomunicabilidad entre estudios jurídicos y sociológicos en materia de «ciudadanía» deja a los primeros sin las relevantes aportaciones que los segundos ofrecen para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y de las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía, pero genera en la literatura sociológica inoportunas simplificaciones y confusiones conceptuales que acaban acentuando todavía más la falta de interés en la doctrina jurídica respecto de sus aportaciones. Indicaré tan sólo dos de estas simplificaciones, haciendo referencia, por comodidad, al ensayo de Marshall. Ambas, en mi opinión, llegan a comprometer la hipótesis avanzada en aquel texto de que la noción de «ciudadanía» podría ser adoptada, según Danilo Zolo, «como categoría central de una concepción de la democracia que se mantenga fiel a los principios de la tradición liberaldemocrática», «no puramente formalista o procedimental», pero al mismo tiempo capaz de colmar, en cuanto «idea estratégica y expansiva», el vacío teórico que se abrió con la «revolución de 1789» en la teoría política occidental. En todo caso, ninguna de estas dos simplificaciones —ni por tanto tampoco la noción misma de «ciudadanía», sobre la que se apoyan— es, a mi entender, esencial en una posible aproximación sociológica a la cuestión de los derechos y, en particular, en las utilísimas aportaciones que pueden provenir de una teoría normativa de las garantías de los derechos sociales.

2. *Personas y ciudadanos*

La primera simplificación afecta al propio concepto de «ciudadanía». La definición de Marshall se compone de dos partes: la ciudadanía, afirma, es «un *status* atribuido a quienes son miembros de pleno derecho de una determinada comunidad»[1]. Esta acepción no difiere, salvo por su mayor carga comunitaria, de la noción jurídica análoga de ciudadanía, identificada esencialmente con la «ciudadanía política», como presupuesto de los derechos políticos, a su vez vinculados a la soberanía del Estado. El punto en el que aparecen las divergencias con los usos jurídicos se encuentra en la segunda parte de la definición de Marshall, que resulta mucho más importante: la ciudadanía sería el *status* al que se asocian *ex lege* todos los derechos, de forma que ésta se convierte en denominación omnicomprensiva y en presupuesto común de todo ese conjunto de derechos

que él llama «de ciudadanía»: los «derechos civiles», los «derechos políticos» y los «derechos sociales».

Esta segunda connotación es, a mi juicio, confusa en el plano teórico y al mismo tiempo regresiva en el plano político. Una noción tan amplia de «ciudadanía» se superpone, anulándola, a una segunda figura de *status*, aun más importante quizá que la anterior, con la que se encuentran vinculados muchos de aquellos derechos a los que Marshall se refiere: el concepto de «persona» (y el de «personalidad»). Para un jurista, la relación establecida por Marshall entre «ciudadanía» y las tres categorías de derechos que él mismo indica resulta arbitraria, puesto que no todos estos derechos presuponen la ciudadanía como *status* único que incluye a todos los demás. En la tradición jurídica se ha mantenido siempre la distinción entre un *status civitatis* (o ciudadanía) y un *status personae* (personalidad o subjetividad jurídica). Una distinción solemnemente proclamada, en forma dicotómica, en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789, que suprimía cualquier anterior distinción de *status*, conservando únicamente dos: el *status* de ciudadano, es decir, la *ciudadanía*, y el de persona, es decir, la *personalidad*, extendida a todos los seres humanos. *Homme* y *citoyen*, persona y ciudadano, personalidad y ciudadanía forman desde entonces, y en todas las constituciones, incluida la italiana, los dos *status* subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los *derechos de la personalidad*, que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos o *personas*, y los *derechos de ciudadanía*, que corresponden en exclusiva a los *ciudadanos*.

Ahora bien, la primera de estas dos clases de derechos —los derechos del hombre o de la personalidad, no los del ciudadano o de ciudadanía— engloba por entero la categoría de los derechos que Marshall denomina «derechos civiles» y que en su planteamiento había quedado vinculada con la ciudadanía: las «libertades personales, de pensamiento, de creencia, el derecho a poseer cosas en propiedad y de estipular contratos válidos, y el derecho de obtener justicia»[2], no se atribuyen a los ciudadanos en cuanto ciudadanos, sino en cuanto personas: «l'exercice des droits civils», proclamó el artículo 7 del *Code Civil* de Napoleón, «est indepéndent de la qualité de citoyen». En esta categoría se integran ya, según buen número de ordenamientos jurídicos entre los que se encuentra, por ejemplo, el italiano, muchos «derechos sociales». Me pregunto entonces qué utilidad podrá tener confundir en una única categoría, sobre la base de una noción genérica y ampliada de ciudadanía, «derechos del hombre» y «derechos del ciudadano», presentando como derechos de

ciudadanía también aquellos derechos que, según el derecho positivo, son derechos de la personalidad.

Téngase en cuenta además que éste no es un problema meramente terminológico. No lo era hace dos siglos y menos aún lo es hoy en día cuando la divergencia entre persona y ciudadano se ha hecho aun más estridente, con el desarrollo de los medios de comunicación. En primer lugar, porque los dos usos diferentes —amplio y restringido— de «ciudadanía» requieren una valoración diferente de la ciudadanía misma: ésta, en los casos en que es asumida como *status* al que se conectan todos los derechos fundamentales, adquiere relieve como factor de inclusión; mientras que, si permanece diferenciada y enfrentada a la personalidad, se convierte en un factor de exclusión. En segundo lugar, porque el universalismo de los derechos fundamentales y su nexo con la igualdad, lograron imponerse precisamente gracias a que casi todos los derechos fueron instituidos no ya como derechos del ciudadano, sino como derechos de la persona. «Los hombres» (y no los ciudadanos), dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789, «nacen libres e iguales *en droits*»; y el artículo 2 habla de «derechos naturales e imprescriptibles del hombre», identificándolos con «la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»; mientras que los artículos 7, 8, 9 y 10 incorporan para todos ellos la garantía del *habeas corpus*, las restantes garantías penales y procesales y la libertad de pensamiento. Existe tan sólo una clase de derechos —los *derechos políticos*— que son atribuidos por el artículo 6 al individuo en cuanto *citoyen*: «el derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes a la formación» de la ley como «expresión de la voluntad general», y el de «acceder a todas las dignidades, puestos y empleos públicos sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos». Lo mismo podría decirse de las demás constituciones de los siglos XIX y XX. Por lo demás, es precisamente esta particular configuración de los derechos como derechos del hombre y no del ciudadano el rasgo que caracteriza la concepción moderna —individualista y no comunitaria— de la libertad; la asociación marshalliana de la libertad y de los restantes derechos a la ciudadanía como «pertenencia» a una «determinada comunidad» se convierte, por el contrario, en reflejo de una noción política de la libertad, propia del mundo antiguo, interpretada no como libertad del individuo en cuanto tal, sino del ciudadano en cuanto no esclavo ni extranjero, como miembro y partícipe de una *polis* o de una comunidad política[3].

Si esto es efectivamente cierto, tampoco resultará convincente

la otra asociación realizada por Marshall cuando vincula la ciudadanía, e incluso la *Declaración de derechos* de 1789, al desarrollo del primer capitalismo[4]. Los únicos derechos que han sido esenciales para el capitalismo y no pueden ser disociados de la economía de mercado son el derecho igual de todos de acceder a la propiedad y la igual capacidad de obrar, es decir, de contratar: en una palabra, los derechos vinculados a la autonomía privada o negocial, que por lo demás habían sido reconocidos ya, en virtud de privilegios de *status* (*familiae* y *libertatis*) y, en todo caso, con independencia de la ciudadanía, incluso antes de la *Declaración* de 1789. El mercado, en definitiva, no había tenido necesidad de esperar a la *Declaración* de 1789 ni al *Bill of Rights* del siglo anterior, para organizarse al margen de las fronteras nacionales de la ciudadanía. El mérito de la *Declaración* de 1789 fue bien distinto: consistió en reconocer y sancionar como derechos del hombre los derechos de libertad, y como derechos del ciudadano los derechos políticos, unos y otros esenciales no sólo para el desarrollo del capitalismo, sino también para el de la democracia.

3. *Libertad, autonomía, propiedad*

Junto a esta primera simplificación aparece una segunda, más grave quizá, que afecta a la consistencia teórica del concepto de *derechos civiles*. Se trata de una categoría espuria —consolidada también en el uso de los juristas, quienes por lo demás nunca se han comprometido seriamente en su definición teórica—, ya que en ella se incluyen tres clases de derechos cuya estructura es profundamente diferente: *a*) los derechos de libertad, desde la libertad personal a de pensamiento, de expresión y de prensa; *b*) los derechos de autonomía privada, es decir, los que permiten estipular contratos y ejercitar acciones ante los tribunales; *c*) el derecho de propiedad (*the right to own property*[5]), con el que Marshall y muchos de sus comentaristas designan a la vez el derecho de ser o de convertirse en propietarios, es decir, de adquirir el derecho de propiedad, y el derecho de propiedad mismo.

Lo único que todos estos derechos tienen en común es que ninguno de ellos es, como ya se ha dicho, un derecho de ciudadanía, puesto que todos los derechos de la persona son atribuidos también, según la mayoría de los códigos y de las constituciones modernas, a los no ciudadanos. Su unificación en la sola categoría de los *derechos civiles*, definidos e interpretados en términos de «libertad», se

remonta al código civil de Napoleón, que introdujo una expresión que abarcaba todos aquellos derechos que no eran políticos[6]. Pero es también responsabilidad de la doctrina marxista que, como se sabe, hizo a todos estos derechos objeto de una única crítica. Fue, como he sostenido otras veces[7], una operación política de la cultura jurídica liberal acríticamente avalada por la cultura marxista, que ha permitido a la primera acreditar a la propiedad con el mismo valor que ella asociaba a la libertad, y a la segunda desacreditar las libertades con el mismo desvalor que atribuía a la propiedad.

La confusión más llamativa es, con toda seguridad, la inclusión de la propiedad privada en la misma clase de los derechos de libertad y de autonomía. La propiedad, como el derecho de crédito y los demás derechos patrimoniales, no es en absoluto *universal* en el mismo sentido en que lo son los demás derechos de la personalidad y de ciudadanía, ya sean éstos humanos, civiles, políticos o sociales: es un derecho por naturaleza *existencial* (o *singular*), *excludendi alios*, que no corresponde a todos, pues cada persona puede ser o no ser titular, y en caso de ser titular lo es siempre con exclusión de las demás personas[8]. No sólo. A diferencia de los demás derechos de la persona y del ciudadano, que son indisponibles e inalienables —pues quedan sustraídos tanto al mercado como al ámbito de las decisiones públicas, e incluso de las decisiones tomadas por mayoría—, y al igual que los demás derechos patrimoniales, la propiedad es por naturaleza disponible, es decir, alienable, negociable, transigible[9].

Por el contrario, los derechos que sí son universales, en el sentido de que están reconocidos a todos y al mismo tiempo son indisponibles e inalienables, son los derechos —bien diferentes del de propiedad, que tiene por objeto bienes singularmente determinados— *a*) de convertirse en propietario y *b*) de disponer de los bienes propios o, mejor dicho, de los derechos de propiedad que tienen aquellos bienes por objeto. Estos derechos son consecuencia, respectivamente, de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, y forman el presupuesto de la autonomía privada. Sobre la base de estas capacidades, independientes ambas de la ciudadanía, y sobre los relativos derechos de autonomía privada —a los que bien se puede aplicar el nombre de «derechos civiles»— se desarrolla el mercado, exactamente de la misma forma que, sobre la base de los derechos políticos o de autonomía política, se desarrolla la democracia política.

Por otra parte, una aproximación mínimamente analítica exige que estos derechos de autonomía privada, que están en la base del

mercado, aun habiendo sido reconocidos a todos, se mantengan diferenciados de los demás derechos de libertad, igualmente universales e indisponibles: como las libertades de opinión, prensa, religión, reunión o asociación, el *habeas corpus*, la inviolabilidad del domicilio, las garantías procesales, y otras similares. En primer lugar, no todos estos derechos, contrariamente a lo que mantienen Marshall o Barbalet[10], son derechos activos, en los que los titulares comparecen como actores: es suficiente indicar los ejemplos del *habeas corpus*, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia y, en general, el derecho a la intimidad, que son *inmunidades* frente a violaciones de otros y no *facultates agendi*[11].

En segundo lugar, no todas las libertades —incluso aquellas que consisten en facultades, como la libertad de expresión o de prensa— se ejercen, a diferencia de los derechos de autonomía, mediante actos jurídicos que producen efectos en la esfera de su autor y/o de otros sujetos. Cuando manifiesto libremente mi pensamiento no produzco efectos de derecho, sino sólo efectos sociales o de hecho; por el contrario, aquellos actos en los que se desarrolla mi autonomía privada, producen siempre efectos jurídicos obligatorios, para mí y/o para otros. Desde esta perspectiva, los derechos de autonomía están mucho más cerca de los de autonomía política, como el derecho de voto, pues unos y otros son derechos-poderes cuyo ejercicio consiste en un acto jurídico y, por tanto, presuponen la capacidad de obrar de sus titulares.

Por último, derechos de libertad, autonomía contractual y derecho de propiedad son derechos diferentes no sólo desde el punto de vista estructural, sino también porque corresponden a sistemas sociales y políticos diferentes y en todo caso independientes. Para empezar, los derechos de libertad no tienen nada que ver con el mercado, que puede tranquilamente prescindir de ellos, tal como se ha comprobado durante los diversos fascismos y en las diversas involuciones autoritarias de las democracias de nuestro siglo. Además estos derechos se encuentran virtualmente en conflicto no solamente con el Estado sino incluso con el mercado: no es posible alienar la propia libertad personal, al igual que no es posible vender el propio voto. Los derechos de libertad, como todos los demás derechos fundamentales, incluidos los derechos de autonomía privada, son, en efecto, inatacables e indisponibles y representan un límite no sólo frente a la política y a los poderes públicos, sino también frente al mercado y a los poderes privados.

4. *Dos tipologías de los derechos fundamentales*

Por estas razones, en mi opinión, la tipología de Marshall resulta excesivamente incierta, esquemática y, sobre todo, produce confusiones relevantes al no distinguir entre dos criterios de clasificación independientes: uno que hace referencia a la estructura de los derechos fundamentales, y otro a la esfera de sus titulares. Manteniendo separados estos dos criterios se obtiene una tipología más compleja, articulada en torno a dos clasificaciones distintas[12].

La primera clasificación, referida a la estructura deóntica de los derechos, no tiene nada que ver con la ciudadanía. A diferencia de la de Marshall no incluye tres, sino cuatro categorías: los *derechos civiles*, los *derechos políticos*, los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*. La primera pareja de esta clasificación cuatripartita —los *derechos civiles* y los *derechos políticos*— forma la clase de los *derechos-poderes* o derechos de autonomía, respectivamente en la esfera *privada* y en la esfera *pública*: se trata, en ambos casos, de derechos cuyo ejercicio consiste en decisiones, es decir, en actos jurídicos que producen efectos por la acción de sus titulares, y que presuponen la capacidad de obrar en el ámbito civil, en el primer caso, y político, en el segundo. La segunda pareja —los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*— forma la clase de los *derechos-expectativa*, que consisten respectivamente en *expectativas negativas* y en *expectativas positivas* e implican, por parte de los poderes públicos, prohibiciones de interferencia en un caso, y obligaciones de prestación en el otro. Las dos clases de derechos corresponden a dos diversas fuentes de legitimación del sistema político y a dos diversas dimensiones, una formal y otra sustancial, de la democracia: los derechos-poder o de autonomía, tanto civiles como políticos, son derechos formales o instrumentales, en cuanto permiten fundar y legitimar las *formas* (el *quién* y el *cómo*) de las decisiones, respectivamente en la esfera privada del mercado y en la pública de la democracia política (o «formal»); los derechos-expectativa, tanto de libertad como sociales, son en cambio *derechos sustanciales* o *finales*, ya que permiten vincular y legitimar el contenido o la *sustancia* (el *qué*) de las decisiones, y por tanto fundan una dimensión de la democracia que bien podemos llamar «sustancial».

Del todo independiente de esta división cuatripartita es la otra distinción que se establece en el campo de los derechos fundamentales: la que permite distinguir entre *derechos del hombre* o *de la personalidad* y *derechos del ciudadano* o *de ciudadanía*. A diferencia de la anterior, esta segunda distinción no está basada ya en característi-

cas intrínsecas o estructurales de los derechos, y depende enteramente del derecho positivo, es decir, del hecho de que hayan sido conferidos por éste a todos los individuos en cuanto personas, o sólo a las personas en cuanto ciudadanos. De hecho, en los ordenamientos modernos, los *derechos políticos* suelen ser habitualmente derechos de ciudadanía, y los *derechos civiles* suelen ser de la persona. Nada impide sin embargo que un ordenamiento amplíe el derecho de voto a los no ciudadanos residentes o restrinja en todo o en parte el ámbito de los derechos civiles sólo a los ciudadanos. Los *derechos de libertad* son, en cambio, en su mayor parte, derechos de la persona. Pero existen dos derechos de libertad (no contemplados por Marshall) —el de residencia y el de circulación dentro del territorio de un Estado— que han sido inexorablemente (art. 16 de la Constitución italiana) reservados a los ciudadanos. Los *derechos sociales* pueden ser, y habitualmente son, en parte de la persona y en parte del ciudadano. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, son derechos de la persona, aunque de hecho quedan en entredicho por la falta de ciudadanía, el derecho a la salud (art. 32 de la Constitución), a la educación (art. 34) y a un salario justo (art. 36); son de ciudadanía, en cambio, el derecho al trabajo (art. 4) y el derecho a la subsistencia y a la seguridad social (art. 38).

La primera de estas dos clasificaciones se refiere a las características estructurales de los derechos fundamentales, mientras que la otra lo hace al elemento contingente de la clase de sujetos a los que han sido atribuidos, suscitando problemas en parte comunes y en parte diferentes: una, en relación con el objeto de las garantías, y la otra con los sujetos. En los tres siguientes apartados me ocuparé, aunque de forma necesariamente esquemática, tan sólo de tres cuestiones vinculadas a las garantías de los derechos: definiendo como «garantías» las técnicas idóneas para asegurar (el máximo grado de) efectividad a las normas que los reconocen. El primer problema hace referencia a las técnicas de tutela de los derechos sociales, estudiadas con provecho por economistas y sociólogos; el segundo, al grado de operatividad de las garantías constitucionales en relación con la transformación de las formas y los espacios donde se producen violaciones de los derechos fundamentales, que ha tenido lugar en estos últimos años; el tercero, a la crisis de la función de garantía desempeñada por la ciudadanía en el interior de los ordenamientos estatales y a los obstáculos que de esta crisis se derivan para la garantía de los derechos de la persona.

Pero antes de abordar estos tres problemas creo necesario retomar una cuestión metodológica, apuntada ya al comienzo, sobre la

relación entre derecho positivo y sociología de la ciudadanía y de los derechos conectados con ella. «Ciudadanía» y «derechos de ciudadanía», se ha dicho, son normas e instituciones jurídicas cuya existencia y significado, al igual que los de cualquier otra norma o institución jurídica, son «puestos» convencionalmente por el derecho positivo. Éste es, en efecto, a partir de la formación del Estado moderno y de la afirmación del principio de legalidad como criterio de identificación del derecho vigente, el sentido del iuspositivismo y, al mismo tiempo, de la modernidad jurídica. Los derechos, como los deberes y las demás situaciones jurídicas, no son los que como en el iusnaturalismo eran definidos como respuesta a exigencias de justicia, de razón, de eficacia o, incluso, de concreta posibilidad de satisfacción. Son, por el contrario, los derechos, y sólo los derechos que, performativamente, han sido producidos por las leyes, tanto constitucionales como ordinarias, independientemente de su coherencia o incoherencia, de su plausibilidad o implausibilidad y de su mayor o menor efectividad. En este sentido, el hecho de que estudios sociológicos sobre la ciudadanía y sobre los derechos de ciudadanía prescindan de forma programática del derecho positivo tiene el curioso efecto de atribuir a la teoría sociológica funciones legislativas: son o no son derechos, en esta perspectiva, los que corresponden a las nociones teóricas estipuladas. Se genera así esa vocación *lato sensu* iusnaturalista y, en cualquier caso, anti-positivista que recorre toda la doctrina sociológica sobre la ciudadanía, y que, si ya es sumamente discutible en ordenamientos de *common law* como los anglosajones, resulta completamente inadecuada para ordenamientos codificados como los del continente europeo.

Así se explican también las dos tendencias opuestas que, con tan poco fundamento como prudencia, caracterizan a las teorías sociológicas actuales sobre la ciudadanía: una que lleva a ampliar indefinidamente tanto la noción como el número de los derechos de ciudadanía, y otra, contraria a la primera, que lleva a restringirla. Por un lado, la inflación de los derechos identificados con cualquier expectativa merecedora de tutela: así, por ejemplo, el caso de los derechos al medio ambiente, a la paz, a la calidad de vida, a que los trenes lleguen puntuales o al buen funcionamiento del servicio de correos, los derechos de los animales, de la naturaleza, de las generaciones futuras: es decir, derechos que jurídicamente no «existen», en el sentido de que nunca han sido «puestos» o estipulados en una ley positiva, que quizá sería bueno que existieran en este sentido específico, pero que por el momento deben seguir siendo considerados bien como simples exigencias de justicia carentes de base empí-

rica en el derecho vigente, bien como situaciones jurídicas que constituyen deberes públicos o privados más o menos fundamentales, como por ejemplo en el caso del medio ambiente, de la paz o del correo. Por otro lado, viceversa, la negación de la condición de «derechos» a expectativas e intereses que ya han sido recogidos como tales en leyes positivas: así el derecho al trabajo, a la salud, a la educación y otros similares, cuyo reconocimiento legal, de rango generalmente constitucional, no es tomado en serio.

Desde el punto de vista teórico, en todos estos casos se discute qué tipo de intereses merece o no el nombre de derechos. Y se utilizan, al igual que harían los filósofos iusnaturalistas, argumentos que unas veces son axiológicos y otras veces realistas, unas veces de justicia y otras de eficacia, unas de teoría jurídica, y otras de teoría política. En ocasiones, como en el caso del derecho a la paz o en el de los derechos al medio ambiente, la existencia del derecho subjetivo es defendida sobre la base de un deber correspondiente recogido en el ordenamiento positivo, como la prohibición de la guerra o las prescripciones penales contra la contaminación ambiental. En otras circunstancias, como en el caso del derecho al trabajo o a la salud, su existencia es rechazada sobre la base de la ausencia de formalización de los deberes correspondientes y de los procedimientos coercitivos o sancionadores. No se tiene en cuenta, en ambos casos, que derechos y deberes pueden *existir*, en el sentido de estar previstos por las normas vigentes, aun cuando el ordenamiento, incumpliendo las promesas que están contenidas en ellas, no los garantice mediante el establecimiento de los derechos y deberes correspondientes, a cargo de otros sujetos; que los ordenamientos nomodinámicos, como lo son los sistemas de derecho positivo y en particular los dotados de constituciones rígidas, pueden ser, y habitualmente son, incoherentes e incompletos, a consecuencia de que de la «existencia» o «vigencia» de sus normas, y por tanto de los derechos y deberes establecidos en las mismas, no se «deduce» de otras normas como en los sistemas nomoestáticos del género de la moral y el derecho natural, sino que es «producida» mediante actos normativos que, de hecho, pueden faltar; y que, por último, la función de la teoría —ante todo jurídica, pero también sociológica y politológica— no es inventar el derecho positivo, sino analizarlo, registrando su grado de efectividad y de inefectividad y hasta de impotencia, señalando sus antinomias y sus lagunas, y proyectando técnicas de garantía capaces de superarlas o al menos de reducirlas.

5. *Las garantías de los derechos sociales*

El primero de los tres problemas que me he propuesto tratar es el de la naturaleza y las garantías de los llamados «derechos sociales»: entendiendo por tal expresión, como se ha dicho, los derechos a prestaciones públicas positivas como por ejemplo, según la Constitución italiana, los derechos al trabajo (art. 4), a la salud (art. 32), a la educación (art. 34), a un salario justo (art. 36), a la subsistencia y a la seguridad social (art. 38).

Danilo Zolo y, antes que él, J. M. Barbalet niegan la consistencia teórica de estas figuras[13] y recomiendan su inclusión no en la categoría de los «derechos» sino en la de los «servicios sociales», considerándolos por tanto como «prestaciones asistenciales ofrecidas discrecionalmente por el sistema político por una exigencia *sistémica* de igualación e integración social, de legitimación política y de orden público»[14]. La razón de dicha propuesta se encontraría en la imposibilidad de formalizar y ritualizar las prestaciones públicas que estos derechos satisfacen, así como los procedimientos dirigidos a obtener su cumplimiento. Se trata, como se ha visto, de uno de los posibles resultados del uso de la teoría de los derechos en función legislativa: la existencia de derechos resulta en este caso negada en virtud de una definición implícita que los identifica con una determinada técnica de garantía idónea para procurar su satisfacción, y cuya falta, en vez de ser registrada como una laguna que el ordenamiento tiene el deber jurídico de llenar, se supone inevitable y se confunde con la ausencia de los derechos mismos. A este resultado contribuye el nexo instituido, en el plano teórico, entre los derechos y la noción de «ciudadanía», la cual, en su uso sociológico, no designa la dimensión normativa de los primeros sino su concreta garantía y disfrute. Es evidente que desde el momento en que dicha noción, sin duda adecuada para medir el grado de efectividad de los derechos, es tomada como presupuesto de existencia, la inefectividad y/o ausencia de garantías idóneas para su tutela acaba quedando asimilada a su inexistencia normativa, con la consiguiente asimilación entre el derecho y el hecho. Las lagunas de garantía, o su imperfección y más aun su violación, en lugar de encontrar en la teoría un instrumento de análisis crítico, acaban siendo ignoradas y, en la práctica, de forma «realista», avaladas[15].

Por el contrario, es esta divergencia entre normatividad y efectividad lo que deberá ser objeto de tratamiento a la hora de realizar una aproximación garantista a los derechos sociales, capaz de conjugar normativismo y realismo, teoría jurídica e investigaciones empí-

ricas de tipo económico o politológico. Añado además que esta perspectiva resulta particularmente necesaria en el caso de los derechos sociales que son derechos fundamentales en los que, por un lado, la elaboración teórico-jurídica es más imperfecta y el sistema de sus garantías es más defectuoso, y, por otro lado, más fecundas son las aportaciones del análisis económico y de las investigaciones sociológicas con vistas a la formulación de técnicas apropiadas de tutela.

Es indudable que la ciencia del derecho no ha elaborado aún —frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones— formas de garantía comparables en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, tanto de libertad como de autonomía. A diferencia de estos últimos derechos, que asumen la forma de expectativas negativas frente a las que corresponde el deber de los poderes públicos de no hacer (o prohibiciones), los derechos sociales imponen deberes de hacer (u obligaciones). Su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos —legislativos, administrativos, o judiciales— que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables.

Ello no quiere decir que nunca se hayan elaborado técnicas de garantía para estos derechos, y menos aun que sea irrelevante, no vinculante o puramente «programático» su reconocimiento constitucional como derechos[16]. Recuérdense, en Italia, las normas del Estatuto de los Trabajadores de 1970 que introdujeron originales instrumentos de tutela de la libertad sindical y del derecho a la salud y a la educación en el puesto de trabajo. Y recuérdese también, en otro terreno, el frecuente recurso al procedimiento de urgencia previsto por el artículo 700 del Código Procesal Civil, para muchos derechos sociales que aún no han sido satisfechos. En general, la calificación constitucional de estas expectativas como «derechos» no supone sólo la obligación constitucional del legislador de llenar las lagunas de garantías con disposiciones normativas y políticas presupuestarias orientadas a su satisfacción, sino además el establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunales supremos. Considérese, por ejemplo, el artículo 4 de la Constitución italiana sobre el derecho al trabajo, que es ciertamente la norma constitucional menos efectiva y más retórica. Gracias a él, la Corte constitucional pudo establecer, en la sentencia n. 45 de 9 de junio de 1965, que el derecho de rescisión de un contrato de trabajo por el empresario *ex* artículo 2118 del Código Civil no es

ilimitado, al contrario de lo que había sucedido hasta entonces en virtud del principio de la libre iniciativa económica establecido en el artículo 41 de la Constitución; de esta forma pudo solicitar y más tarde legitimar la ley n. 604 de 1966 sobre la «justa causa» como condición de validez de los despidos. Y también sobre la base de este derecho fueron declaradas legítimas las normas, igualmente restrictivas, de la autonomía de la empresa, relativas a la contratación de trabajadores por medio de listas numéricas y no nominativas, dictadas por la ley n. 204 de 1949 y luego por el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (sentencia constitucional n. 248 de 28 de noviembre de 1986), y se declararon ilegítimas las discriminaciones arbitrarias en los despidos (sentencias constitucionales n. 174 de 14 de julio de 1971 y n. 176 de 7 de julio de 1986)[17].

Parece claro, pues, que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político: tanto porque estos derechos, a diferencia de otros, tienen un coste elevado, aunque seguramente no mayor que el de su tutela en las formas paternalistas, y clientelares de prestación, como porque, de hecho, a falta de adecuados mecanismos de garantía, su satisfacción ha quedado confiada en los sistemas de *welfare* a una onerosa y compleja mediación política y burocrática que por sus enormes espacios de discreccionalidad constituye la fuente principal de despilfarros, costes y, sobre todo, ineficacia. En otras palabras, el Estado social, al no hallar respaldo en modelos teórico-jurídicos equiparables a los que se encuentran en la base del Estado liberal, se ha desarrollado sin ningún proyecto garantista, por medio de una caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas. En Italia, además, llegó a manifestarse en esas formas perversas y delictivas que entraron en quiebra con las investigaciones de «Tangentopoli»: hasta el punto de que parece haber sido destinado, con la crisis política y económica en que ha caído, a su desmantelamiento o a una radical reforma y racionalización.

Y es precisamente la quiebra del «modelo Tangentopoli» lo que, en mi opinión, sugiere hoy como única alternativa de reforma, a un mismo tiempo realista y garantista, la vía de la máxima desburocratización del Estado social por medio de estrategias que no respondan ya a aquella lógica discrecional y selectiva que Zolo criticaba, sino a la lógica universalista que caracteriza precisamente a los derechos fundamentales. Esta quiebra, en efecto, se presenta hoy como la más clamorosa prueba del valor a un mismo tiempo jurídico, económico y político de un principio de carácter general, según el cual un derecho social puede ser garantizado de manera mucho

más completa, sencilla y eficaz desde el punto de vista jurídico, menos costosa en el plano económico, más distante de la discrecionalidad político-administrativa y, por tanto, más alejada de la selectividad y posible corrupción que ésta alimenta, cuando más reducida sea la intermediación burocrática necesaria para su satisfacción, y, más aun, en caso de que llegara a ser eliminada por medio de una garantía igual para todos, *ex lege*, con independencia del grado de necesidad y de los complicados e ineficaces procedimientos para su determinación.

Un ejemplo paradigmático, en esta dirección, es el de la satisfacción *ex lege* —de forma gratuita, universal y generalizada, y no ya sólo, según puede leerse en el artículo 38 de la Constitución italiana, «para cualquier ciudadano incapacitado para el trabajo y que carezca de los medios necesarios para la vida»— de los derechos sociales a la subsistencia y a la asistencia social por medio de la atribución de un salario mínimo garantizado a todos los mayores de edad, incrementado, si procede, según el número de hijos menores y completado, a partir de una determinada edad, con una pensión de ancianidad.

Es ésta, como es bien sabido, una propuesta sobre la que existen numerosas hipótesis y proyectos en la literatura sociológica y politológica: recuérdense, entre otros, los estudios de James Meade, de Ralf Dahrendorf, de Guy Standing y de Massimo Paci[18]. Un esquema análogo adoptan también las formas gratuitas y obligatorias de algunas prestaciones como la asistencia sanitaria y la educación para todos, ofrecidas de formas diversas por ese Estado social que hoy se tiende a restringir o a suprimir en nombre del valor y de la eficiencia del mercado. En todos estos casos, no siendo suficiente una intermediación burocrático-discrecional, y por tanto selectiva y potestativa, la satisfacción de los derechos puede tener lugar en virtud de su carácter gratuito, generalizado y obligatorio, no ya en la forma de un *ius singulare*, sino según el paradigma de la igualdad que caracteriza la forma universal de todos los demás derechos fundamentales. Evidentemente las formas de garantía *ex lege* dirigidas a asegurar a todos un mínimo vital y, en particular, una renta mínima garantizada, precisan sistemas de recaudación fiscal tan progresivos que permitan recuperar su coste a expensas de los perceptores de rentas netamente superiores a éste. No obstante, por muy costosas que puedan ser tales garantías, el mínimo vital, la igualdad social mínima y la reducción de los costes burocráticos que comportarían parecen ser en todo caso preferibles —tanto en el plano jurídico como en el económico y político-administrativo— a los derroches genera-

dos por los enormes aparatos parasitarios que hoy administran la asistencia y la seguridad social, con actitudes rapaces, incurriendo en corruptelas y utilizando criterios potestativos, clientelares y de hecho discriminatorios.

Podemos, por tanto, registrar una singular convergencia entre investigaciones sociológicas y teoría del derecho en la indicación estratégica de la *formalización* y de la *universalización* de las prestaciones derivadas de los derechos sociales, como técnicas de garantía más idóneas para asegurar el máximo de igualdad, de transparencia, de automaticidad y por consiguiente de eficacia. Una reforma del artículo 38 de la Constitución italiana que extendiese a todos «el derecho al mantenimiento y a la asistencia social», desvinculándolo del estado de necesidad derivado a su vez de la incapacidad para el trabajo, equivaldría al reconocimiento de la ruptura ya irreversible del tradicional nexo entre desarrollo productivo, empleo, capacitación profesional y subsistencia. Al mismo tiempo, además, una vez asegurado a todos un mínimo vital con la atribución de una renta mínima garantizada y la prestación de formas gratuitas de instrucción y asistencia sanitaria, sería posible sostener las actuales tendencias a la flexibilidad en la contratación laboral y a la restricción de la autonomía de la empresa, que resultarían incluso favorecidas. En fin, permitiría, gracias a la abstracción de las condiciones particulares y de las decisiones selectivas y potestativas en la satisfacción de tales derechos, por una parte, una radical desburocratización del Estado social en aras de la transparencia y de una legalidad restaurada y simplificada, y, por otra, una formalización de los procedimientos de garantía de los derechos sociales aun más eficaz y garantista que la prevista para los derechos de libertad.

Como es evidente, una reforma semejante puede ser —y, de hecho, es— rechazada por motivos muy diversos: no sólo desde la derecha, por razones económicas, sino también desde la izquierda, por el temor a que con ella el trabajo pueda pasar a ocupar un lugar aun más marginal en el conflicto político. Me parece indudable, sin embargo, que esta simple hipótesis permite rebatir la idea de Barbalet y de Zolo de la imposible configuración de los derechos sociales como «derechos». Con respecto a los tres caracteres que, en su opinión, impedirían su formulación —el hecho de ser situaciones pasivas que consisten en expectativas positivas que corresponden al Estado, su carácter no formal, y no universal—, se puede decir que el primero resulta irrelevante, y el segundo y el tercero son contingentes[19], por estar vinculados a una fase primitiva y aún poco desarrollada en su evolución.

6. *Formas y sedes de las garantías constitucionales*

El segundo de los problemas enunciados, común a todos los derechos fundamentales, es el de su garantía constitucional. Entiendo por «garantía constitucional», según el uso de este término que aparece en el título VI de la Constitución italiana, su ubicación en el vértice del sistema de fuentes y la consiguiente *rigidez* asegurada a las normas constitucionales por dos instituciones conectadas entre sí: por un lado, su sustracción a las *formas* de producción establecidas para la legislación ordinaria y la creación, mediante normas de nivel superior, de procedimientos de revisión agravados (art. 138); y, por otro, el sometimiento de las leyes ordinarias al control jurisdiccional de legitimidad constitucional en virtud del cual, en caso de incoherencia de sus *contenidos* o significados con los de las normas constitucionales, no prevalecen las primeras sobre las segundas, merced al principio *lex posterior derogat priori*, sino que son inválidas y por tanto pueden ser anuladas según el principio *lex superior derogat inferiori* (art. 134). La garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución reside, por consiguiente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y, al mismo tiempo, en el sometimiento a ellos del legislador.

Es ésta una garantía descubierta por el constitucionalismo del siglo XX por medio de la cual fue abatido el viejo dogma de la omnipotencia del legislador, absolutista en origen, aunque luego transformado en sentido democrático, y ha sido completado el diseño del Estado de derecho que exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a normas no sólo formales, como las que vierten sobre los procedimientos para la formación de las leyes, sino también sustanciales, como son precisamente los principios y derechos fundamentales. Gracias a esta garantía el conjunto de los derechos, en cuanto sistema de límites y de vínculos impuestos para la protección de cada uno y de todos a los poderes mayoritarios, se configura como la esfera de lo indecidible, es decir, de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o, al contrario, de lo que está prohibido no decidir para la satisfacción de los derechos sociales.

En la literatura constitucionalista se discute no obstante el grado de rigidez de dicha garantía: si la Constitución italiana, en particular, ha establecido más allá del límite explícito de la prohibición contenida en el artículo 139 sobre el cambio de la forma republicana del Estado también un límite implícito de la no modificabilidad de ciertos principios básicos como el de igualdad y los derechos fun-

damentales. En favor de la tesis positiva se han aportado argumentos textuales, como el artículo 2, que califica de «inviolables» los derechos fundamentales[20], y argumentos de teoría de las fuentes, como la distinción entre «poder constituyente» y poder de revisión subordinado al primero en cuanto «poder constituido»[21]. Pero no faltan tampoco, y quizá sean mayoría, los defensores de la tesis alternativa[22], que se apoya en el argumento *a contrario* según el cual el poder de revisión se encuentra limitado por el artículo 139, de manera expresa, tan sólo por la forma republicana del Estado. Es evidente que, si fuera adoptada esta segunda tesis, la garantía constitucional resultaría una garantía débil, ya que protegería los derechos fundamentales tan sólo frente al poder legislativo ordinario y no alcanzaría al poder de revisión de la Constitución, que es siempre un poder de las mayorías. Añado además que dicha garantía habría quedado más debilitada aun después de la reciente reforma electoral que, permitiendo de hecho a una mayoría relativa obtener la mayoría absoluta de escaños en el Parlamento, ha confiado virtualmente a la decisión de una minoría no sólo la actividad legislativa ordinaria, sino también la reforma de la Constitución.

Ante esta interpretación es preciso que la sustracción de los derechos fundamentales al poder de revisión *in peius* quede explícitamente establecida por medio de una extensión de la prohibición contenida en el artículo 139. Se obtendría de tal forma una rigidez absoluta de la garantía constitucional sobre los límites sustantivos de los poderes públicos, y una rigidez relativa para las normas de la segunda parte que regulan sus formas de organización y de funcionamiento. En la lógica del Estado de derecho no existe, en efecto, ninguna razón para que los derechos fundamentales, cuya estipulación constitucional tiene por objeto proteger al individuo frente a los poderes de la mayoría, no puedan ser violados por una ley aprobada por mayoría simple y puedan serlo, en cambio, por una ley aprobada por una mayoría cualificada[23].

Por lo demás, va perfilándose hoy un nuevo y aun más relevante factor de debilitamiento de la garantía constitucional de los derechos fundamentales. Esta garantía corre el peligro de romperse a causa de la crisis actual del Estado nacional, tal como se manifiesta en la transformación de las sedes de la soberanía y en la consiguiente alteración del sistema de fuentes. El proceso de integración mundial, y en especial europea, ha llevado más allá de las fronteras los espacios de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía: en materia militar, de política monetaria y de política social. Y aun siendo imparable y hasta deseable, por el momento, a falta de un consti-

tucionalismo de derecho internacional este proceso está poniendo en crisis el tradicional sistema de fuentes. Considérese el valor supra-legal atribuido a las directivas de la Unión Europea, así como, después del tratado de Maastricht, a las decisiones de los organismos comunitarios que se sustraen no sólo a los controles parlamentarios, sino incluso a los vínculos de las constituciones nacionales. Es evidente que estas nuevas fuentes normativas, en la medida en que prevalecen o, al menos, aspiran a prevalecer sobre las leyes y en ocasiones sobre las constituciones mismas de los Estados miembros, corren el riesgo de deformar la estructura constitucional de las democracias europeas abriendo espacios para un nuevo poder absoluto. De ello se desprende que en la actualidad el paradigma del Estado de derecho puede ser restaurado solamente a través de la estipulación de una Constitución europea, en la que se vuelva a diseñar el sistema hoy totalmente caótico e irracional de los órganos y de las fuentes comunitarias (un Parlamento sin funciones legislativas, un Consejo de ministros y una Comisión dotada de poderes normativos, al margen de cualquier control, una Corte de justicia con competencias limitadísimas) sometiéndolo, de una parte, a las formas de la democracia política y, de otra, a la rígida garantía de los derechos fundamentales.

De forma más general, en mi opinión, la crisis simultánea del Estado de derecho, del Estado social y del Estado nacional impone hoy una reflexión sobre las sedes del constitucionalismo, es decir, sobre las sedes de las garantías rígidas impuestas constitucionalmente a todos los poderes en defensa de los derechos fundamentales. Es cierto que históricamente las garantías de estos derechos han nacido y hasta el momento han permanecido vinculadas a la forma —hoy en crisis por arriba y por abajo, debido a los procesos externos de integración supraestatal e internos de autonomización regional— del Estado soberano como «Estado de derecho». Pero este nexo histórico entre Estado y derechos fundamentales es contingente, porque el paradigma garantista del Estado de derecho es aplicable a cualquier ordenamiento. Esta crisis podrá ser superada en sentido progresivo tan sólo si se transfieren a las nuevas sedes políticas y decisionales las sedes de las garantías constitucionales, y se reforma congruentemente todo el sistema de fuentes: reforzando las autonomías locales con una inversión de la jerarquía de las fuentes que garantice su primacía respecto de las estatales; democratizando y sometiendo a nuevos vínculos constitucionales las diversas sedes del poder internacional; poniendo en el vértice de todo el sistema de fuentes, y por tanto sustrayendo rígidamente tanto al mercado como a la política —local,

estatal e internacional— las garantías de los derechos fundamentales; poniendo, finalmente, en cuestión la antinomia, que siempre ha atormentado la historia de los derechos fundamentales, entre derechos del hombre y derechos del ciudadano y la tendencia de los primeros a resultar plasmados sobre los segundos.

7. *Más allá de la ciudadanía. Un constitucionalismo mundial*

Es éste el tercero y último problema de que quiero ocuparme: se trata de la relación, ya apuntada al comienzo, entre ciudadanía y personalidad, a propósito de la cual se manifiesta la relevancia no sólo terminológica de los diversos significados atribuidos al concepto de ciudadanía.

Como se dijo en el apartado 2, todos los derechos fundamentales, con la única excepción de los derechos políticos, fueron proclamados inicialmente, en la *Declaración* francesa de 1789 y luego en la sucesivas cartas constitucionales, como derechos «universales», reconocidos a todos en cuanto personas y no en cuanto ciudadanos. Es indudable que dichas proclamaciones tenían un valor abiertamente ideológico. En la época de la Revolución francesa y luego durante todo el pasado siglo y la primera mitad del presente, hasta el momento en que T. H. Marshall escribía, «persona» y «ciudadano», de hecho, se identificaban. Los revolucionarios de 1789, cuando hablaban de *hommes,* pensaban evidentemente en los *citoyens* franceses y proclamaban los derechos fundamentales como *droits de l'homme* y no como *droits du citoyen* para atribuirles, al menos externamente, mayor universalidad. Y podían hacerlo sin mayores costes, puesto que no era verosímil ni previsible que hombres y mujeres del Tercer Mundo pudieran llegar a Europa y reclamar que esas declaraciones de principios fueran realizadas en la práctica. En todo caso, se estaba produciendo el fenómeno opuesto: eran los europeos quienes, después de la conquista del Segundo Mundo, se preparaban a conquistar por entero el planeta.

Sin embargo, en nuestros días no podemos realizar una operación inversa —y por tanto reducir los derechos del hombre a los derechos del ciudadano— y al mismo tiempo pretender fundar aún sobre la ciudadanía la lucha por los derechos y por la democracia en nombre del universalismo de cada uno de los dos términos. En la crisis de los Estados y de las comunidades nacionales que caracteriza este fin de siglo, conectada con fenómenos paralelos como las migraciones de masas, los conflictos étnicos y la distancia cada vez

mayor entre Norte y Sur, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Por el contrario, cabe constatar que la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales. Y que contradice no sólo el universalismo de los derechos tal como han sido recogidos por las constituciones estatales, sino también el de los derechos mismos tal como fueron sancionados por la *Declaración universal de derechos del hombre* de 10 de diciembre de 1948 y por los dos Pactos sobre derechos humanos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— de 16 de diciembre de 1966, transformándose en derecho internacional vigente incorporado al derecho interno de los Estados firmantes.

Tomar en serio estos derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como «pertenencia» (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supra-estatal —en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional— y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo. Significa, en concreto, transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países. Es bien cierto que el problema de la pobreza en los países subdesarrollados del Sur del planeta no se resuelve abriendo las fronteras, sino dando solución en aquellos mismos países a los problemas de su desarrollo. Pero es igualmente cierto que Occidente nunca afrontará seriamente estos problemas si no llega a sentirlos como propios. Y no los percibirá como propios si no llega a sentir la amenaza directa de la presión demográfica que proviene de aquellos países y si no afronta, después de haber invadido primero con su saqueo y luego con sus promesas el mundo entero, la invasión de poblaciones hambrientas que están presionando hoy sobre sus fronteras. Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, no caen nunca del cielo, sino que llegan a afirmarse cuando se hace irresistible la presión de quienes han quedado excluidos ante las puertas de los incluidos. Ello significa admitir de forma realista que no existe, a largo plazo, más alternativa a las guerras y al terrorismo que la efectiva universaliza-

ción de aquéllos, siendo cada vez más actual e ineludible el nexo entre derechos fundamentales y paz afirmado en el preámbulo de la *Declaración universal* de 1948; y que, por tanto, la presión de los excluidos sobre nuestro mundo privilegiado alcanzará formas de violencia incontrolada, a menos que nos obliguemos a remover sus causas, quitando a la ciudadanía su carácter de *status* privilegiado y garantizando a todos los mismos derechos, incluidas las libertades de residencia y de circulación.

Por lo demás, por una paradoja de la historia, estos derechos —de residencia y de circulación— habían sido proclamados como universales en los orígenes de la Edad Moderna por nuestra misma cultura occidental. En 1539, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* impartidas en la Universidad de Salamanca, Francisco de Vitoria reformulaba los títulos de legitimación de la conquista de América por parte de los españoles sentando las bases del moderno derecho internacional y, al mismo tiempo, de la posterior doctrina de los «derechos naturales». Estos títulos de legitimación se encontraban en el *ius communicationis ac societatis*[24], que él situaba en la base de su concepción de la sociedad internacional como *communitas orbis* hermanada por el derecho de todos a comunicar con todos, y en una larga serie de otros derechos naturales que él formulaba como sus corolarios: el *ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi*[25], el *ius commercii*[26], el *ius praedicandi et annunciandi Evangelium*[27], el *ius migrandi* hacia los países del Nuevo Mundo y de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*[28] y, como cierre del sistema, el *ius belli* para la defensa de tales derechos en caso de oposición por parte de los *indios*[29].

En la actualidad nuestra cultura ha olvidado los orígenes poco luminosos de la ilustración jurídica y de los derechos universales. Aquellos derechos —*peregrinandi, migrandi, degendi*— fueron proclamados como iguales y universales en abstracto aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica, por ser inimaginable la emigración de los *indios* hacia Occidente, y servían para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de mundos nuevos por parte de nuestros jóvenes Estados nacionales. Hoy la situación se ha invertido. La reciprocidad y la universalidad de aquellos derechos ha sido negada. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía, exclusivos y privilegiados, a partir del momento en que se trató de tomarlos en serio y de pagar su coste. Por este motivo, de su efectiva universalización dependerá en el futuro próximo la credibilidad de los «valores de Occidente»: la igualdad, los derechos de la persona, la propia ciudadanía.

No niego que semejante perspectiva de universalización tiene hoy el sabor de la utopía jurídica. Pero la historia del derecho es también una historia de utopías (mejor o peor) convertidas en realidad. Ésta, en todo caso, después de la caída de los muros y después del fin de los bloques podría ser la exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea consecuente con la doctrina de los derechos fundamentales: alcanzar —sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías— un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como *status* privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal; y por tanto, en ambos casos, superando la dicotomía «derechos del hombre/derechos del ciudadano» y reconociendo a todos los hombres y mujeres del mundo, exclusivamente en cuanto personas, idénticos derechos fundamentales. No menos irreal ni ambicioso, por lo demás, debió parecer hace dos siglos el desafío a las desigualdades del *Ancien Régime* contenido en las primeras Declaraciones de derechos, y la utopía que en aquella época alentó la ilustración jurídica y, más tarde, toda la historia del constitucionalismo y de la democracia.

NOTAS

1. Cf. T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* [1950], trad. italiana de P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Utet, Torino, 1976, p. 92 (trad. española de P. Linares, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998). De forma análoga J. M. Barbalet, en *Citizenship. Rights, Struggle and Class Inequality*, trad. italiana de D. Zolo, *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, Liviana, Padova, 1992), define la ciudadanía como «participación o pertenencia a una comunidad» (p. 30), es decir, como «*status* atribuido a quien es miembro de pleno derecho de una comunidad nacional» (p. 48).

2. Cf. T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, cit., p. 78.

3. Esta conexión de las libertades y demás derechos con la ciudadanía como pertenencia o participación en la *polis* es seguramente un rasgo típico de la democracia griega (cf. Aristóteles, *Política*, III, 1, 1275a, donde «ciudadano» es quien participa en la vida pública). Pero lo es también del mundo romano, donde la personalidad jurídica estaba vinculada a las diferentes formas de pertenencia definidas a través de los diferentes *status* (*familiae* y *civitatis*); así como, inversamente, dependían de la falta o de la pérdida de relaciones con el grupo a través de las *capitis diminutiones*. Recuérdese la definición de Gayo de la *capitis minutio* como *status permutatio* (D. 4, 5, 1, *Gaius*, lib. IV *ad Edictum Provinciale*) y sus tres causas diferentes (máxima, media, mínima) enumeradas por Paulo (D. 4, 5, 11, *Paulus*, lib. II *ad Sabinum*). La condición jurídica de los

sujetos como titulares de derechos reflejaba, en derecho romano, su posición en el grupo político, siendo *optimo iure* o *sui iuris* sólo los ciudadanos libres y padres de familia, mientras que todos los demás (*peregrini* de las provincias, *servi* y *filii*) eran considerados en diversa medida como súbditos (*alienae potestati subiecti*). La misma situación se mantenía en el derecho medieval, tanto feudal como de las ciudades, donde el individuo conservaba derechos y deberes, privilegios y cargas según su pertenencia, por nacimiento o por ocupación, a familias, gremios o corporaciones. Se ha afirmado incluso que este nexo entre condición jurídica del individuo y pertenencia política es un rasgo distintivo de todas las organizaciones primitivas (cf. H. J. S. Maine, *The Ancient Law. Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, Murray, London, 1861; F. Bonfante, *Storia del diritto romano* [1934], Giuffrè, Milano, 1958, pp. 67-79; F. Orestano, «Status libertatis, civitatis, familiae», en *Novissimo Digesto Italiano* XVIII, Utet, Torino, 1971, pp. 383-385; M. Bretone, «Capitis deminutio», *ibid.*, II, 1958, pp. 916-918). Se puede decir por ello que el tránsito desde la libertad de los antiguos a la libertad de los modernos, tal como fueron comparadas en el célebre ensayo de Benjamin Constant, coincide con el paso desde un modelo comunitario hacia un modelo individualista de los *status* subjetivos. Añado que el modelo comunitario hoy rescatado por las doctrinas sociológicas de la ciudadanía difícilmente puede sustraerse, incluso a través de una interpretación meramente «política», a sus dimensiones organicistas, patrióticas o étnicas —incluyentes pero también excluyentes—, tal como se encuentran en los planteamientos de *communitarians* como Michael Sandel, Charles Thaylor y Michel Walzer. A propósito de la oposición entre «modo comunitario» y «modo individualista» del *status*, cf. A. Corasaniti, «Stato delle persone», en *Enciclopedia del diritto* XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 948 ss. Una reflexión general sobre los diversos problemas de la noción de *status*, en relación con cuestiones de igualdad y diferencias, en G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993.

4. Cf. T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, cit., pp. 92-96. En sentido análogo J. M. Barbalet, *Citizenship. Rights, Struggle and Class Inequality*, trad. it., cit., pp. 37 y 59.

5. Cf. T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, cit., p. 78.

6. Artículos 7-33 del título I del libro I («De la jouissance et de la privation des droits civiles»). En el derecho italiano la expresión «derechos civiles» aparece —sin que la doctrina haya intentado una redefinición y ordenación teórica— en algunos textos normativos del siglo pasado: en el artículo 24 del Estatuto Albertino, que garantiza a «todos los súbditos» el disfrute igual de los «derechos civiles y políticos»; en el Código Civil italiano de 1865, que en su artículo 1 establecía que «todo ciudadano posee sus derechos civiles, a menos que haya sido privado de ellos en sentencia penal» y en el artículo 3 añade que «a los extranjeros les está permitido el disfrute de los derechos civiles atribuidos a los ciudadanos»; en el artículo 2 de la ley de 20 de marzo de 1865, n. 2248, sobre la abolición del contencioso administrativo, que devuelve a la jurisdicción ordinaria todos aquellos procesos «en los que se suscite alguna cuestión relativa a un derecho civil o político».

7. Cf. *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 99-105, y *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, [3]1998, pp. 905-915.

8. Considero oportuno definir en este inciso los términos «universal» y «formal», usados a menudo en el debate sobre los derechos de manera bastante genérica e imprecisa. Denomino «universales» y «existenciales» (o «singulares») en el sentido, puramente lógico, de la cuantificación —universal o existencial, según la lógica de predicados— de la esfera de los sujetos titulares de un derecho, o en general de una situación jurídica. Son *universales*, en este sentido, los derechos y deberes que corresponden a

«todos», cualquiera que sea el tipo o la clase de sujetos (seres humanos, ciudadanos, trabajadores dependientes, empresarios, etc.) denotada por su cuantificación con la expresión «todos»: no sólo, por tanto, aquellos derechos que aquí se denominan «derechos fundamentales», sino también las prohibiciones penales, las obligaciones fiscales, las señales de tráfico, etc. Son, por el contrario, *existenciales* o *singulares* aquellas situaciones que corresponden de manera singular a una persona con exclusión de todas las demás: como precisamente el derecho de propiedad sobre un determinado bien, los derechos de crédito, las obligaciones patrimoniales, la mayor parte de los poderes, tanto públicos como privados. Evidentemente —puesto que «todos» implica «alguno», pero no viceversa—, toda situación universal es también particular, pero al contrario. En este sentido, además, la «universalidad» de los derechos fundamentales queda despojada de cualquier connotación valorativa, dado que la igualdad *en droits* que con ella se designa hace referencia a la clase de sujetos cuantificada, independientemente del hecho de que éstos sean, como establecen las constituciones modernas, *todos* los «hombres», o *todos* los «ciudadanos»: son, pues, «universales», en el sentido de que corresponden a un «todos» normativamente determinado en cada caso, incluso los derechos, por ejemplo políticos, que en la Roma antigua quedaban reservados únicamente a los *patres*; mientras que son en todo caso existenciales los derechos singulares, cuya titularidad puede no corresponder a un sujeto, o corresponderle con exclusión de los demás. Por otra parte, el carácter *formal* (o, mejor, *abstracto*) de un derecho es por lo general consecuencia de su carácter universal, es decir, de la identidad e inalterabilidad de su contenido con respecto a sus titulares, en oposición al contenido en cada caso diferente de los derechos singulares: el derecho de voto y la libertad personal, por ejemplo, son derechos que tienen un contenido típico, que corresponden a todos sus titulares en igual forma y medida, a diferencia de los derechos patrimoniales, de crédito o de propiedad, que tienen en cambio contenidos inevitablemente diferentes y cambiantes. Puedo aumentar mis propiedades, pero no mis libertades.

9. Estas dos características conectadas entre sí —el carácter universal e indisponible de los primeros y el carácter singular y disponible de los segundos— forman las dos diferencias estructurales entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, y explican al mismo tiempo su diverso título o fundamento: la ley general y abstracta, casi siempre constitucional, en que se establecen los primeros, y los contratos privados mediante los que se constituyen, modifican, transfieren y extinguen, los segundos. Sobre estas diferencias estructurales entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, así como sobre otras que serán desarrolladas más adelante entre derechos de autonomía y derechos de libertad, remito a *Derecho y razón*, cit., pp. 905-915, y a «Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 508-512.

10. Cf. T. H. Marshall, *Reflections on Power* [1969], en T. H. Marshall, *The Right to Welfare and Other Essays*, Heinemann, London, 1981, pp. 141 ss.; J. M. Barbalet, *Citizenship. Rights, Struggle and Class Inequality*, trad. italiana cit., p. 50.

11. No es superfluo destacar que el carácter pasivo de estos derechos de libertad-inmunidad que consisten en meras expectativas negativas no es contradictorio con la facultad reconocida a sus titulares de actuar en juicio para su defensa. El derecho de acción en juicio es un derecho civil específico y autónomo, que consiste en un meta-derecho de garantía asociado a todos los demás derechos, no sólo fundamentales sino también patrimoniales, e incluso (véase por ejemplo el art. 24 de la Constitución italiana) a intereses legítimos.

12. Cf. mis escritos: *Derecho y razón*, cit., pp. 855-868; «Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*», cit., pp. 505 ss.; «El derecho como sistema de garantías», en este mismo volumen, *supra* pp. 15 ss.

13. Cf. J. M. Barbalet, *Citizenship. Rights, Struggle and Class Inequality*, trad. italiana cit., pp. 48-52; D. Zolo, «Introduzione» a *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, cit., p. 12.

14. Véase sobre esta cuestión D. Zolo, «La strategia della cittadinanza», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., pp. 29 ss.

15. Otro tanto puede decirse de las antinomias. «Es obvio —continúa Zolo— que en las condiciones schmittianas de excepción los derechos civiles y políticos e incluso la totalidad de la normativa constitucional pueden quedar limitados o incluso suspendidos»: donde ese «pueden» designa aquello que *de hecho* puede suceder, y quizá habitualmente sucede, pero que *de derecho* —en los casos en que una Constitución, como por ejemplo la italiana, no prevea el estado de excepción— debe ser considerado no sólo como ilegítimo, sino incluso como penalmente ilícito, y constituye el delito de atentado a la Constitución.

16. Ésta parece ser la opinión, por ejemplo, de N. Bobbio, *Diritti dell'uomo e società* [1989], en Id., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 123.

17. La naturaleza de «derecho subjetivo» en sentido pleno del derecho al trabajo, y los límites que derivan de él para la autonomía contractual del empresario, han sido confirmados por la Corte de Casación: «El trabajo ha sido considerado por el legislador constitucional no sólo como fundamento del Estado (art. 1) sino también como un derecho subjetivo de los individuos (art. 4, párr. 1), como medio para el desarrollo de la persona y ha quedado por esta razón sancionada su protección privilegiada y absoluta, como se recoge en los artículos 35 y 36. Ello supone la legitimidad constitucional de cualquier intervención del legislador sobre la autonomía negocial dirigida a favorecer la efectividad del derecho al trabajo y a tutelar las modalidades de su ejercicio y su remuneración» (Casación, 12 de octubre de 1978, n. 4577, «Foro italiano», I, 59).

18. Cf. J. Meade, «Full Employment, New Tecnologies and the Distribution of Income»: *Journal of Social Policy* 13 (1984), pp. 142-43, que propone un «dividendo social» (o prestación social de base), adecuado a la edad, al estado civil, al número de hijos y circunstancias análogas, y que sustituya los demás beneficios fiscales o asistenciales, y cuyos fondos sean obtenidos por medio de cargas fiscales según porcentajes relativamente altos sobre todas las demás fuentes de ingreso; R. Dahrendorf, *Per un nuovo liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 135-147 y 156, propone, en garantía de la igualdad, «una renta mínima garantizada como derecho constitucional», que consistiría en una «cifra modesta» que no necesariamente «sobrepase el nivel actual de la asistencia social», pero que se caracterizaría por una «inatacabilidad constitucional»; G. Standig, «Un reddito di cittadinanza per gli europei»: *Politica e Economia*, 11 de noviembre de 1988, que con una renta mínima garantizada considera satisfecha, además de la exigencia de desvincular del trabajo la garantía de la subsistencia, generada por la progresiva reducción del trabajo dependiente, también la de una mayor flexibilidad y movilidad en el trabajo en consonancia, por un lado, con las tendencias del mercado y, por otro, con las actitudes y las vocaciones laborales; M. Paci, *La sfida della cittadinanza sociale*, Edizioni Lavoro, Roma, 1990, pp. 131-146, propone en cambio reservar la renta mínima garantizada a los parados, tanto a los que no encuentran trabajo, como a los que no pueden o no quieren trabajar (con la desventaja, a mi entender, de perder el carácter automático de la prestación y de incentivar formas de trabajo clandestino); M. Paci, *Pubblico e privato nei moderni sistemi de Welfare*, Liguori, Napoli, 1990, pp. 100-105, donde se propone «un régimen de pensiones básicas y universales de tutela» semejante al modelo sueco.

19. Entiendo «formal» y «universal» en el sentido ilustrado en la nota 8. Así, si fueron «formalizados» y «universalizados» de la manera aquí propuesta, en particular con la introducción de una renta mínima de subsistencia, los derechos sociales se con-

vertirían también en factor de *igualdad formal*, y no sólo de reducción de la *desigualdad sustancial*.

20. Cf., en este sentido, P. Grossi, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1969, pp. 94 ss.

21. Cf. P. Barile y U. De Siervo, «Revisione della Costituzione», en *Novissimo Digesto Italiano* XV, Utet, Torino, 1968, pp. 779 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1976, pp. 1241.

22. Cf., entre otros, S. M. Cicconetti, «Revisione costituzionale», en *Enciclopedia del diritto* XL, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 145-155.

23. Por lo demás, en mi opinión, la inflación legislativa que aflige ya los ordenamientos modernos, y que en Italia ha provocado una general incertidumbre y oscuridad del derecho oficialmente reconocida por la propia Corte constitucional (que en su sentencia n. 364 de 24 de marzo de 1988 ha llegado a exculpar incluso la «ignorancia inevitable» de una ley penal), sugiere la necesidad de que una futura ciencia de las constituciones elabore un sistema de fuentes más diferenciado y particularizado que el actual, para situar los derechos fundamentales al amparo de la microlegislación sectorial, ocasional y de emergencia. En esta perspectiva, en mi opinión, sería oportuno establecer, además de una distinción entre rigidez constitucional absoluta y rigidez constitucional relativa, una segunda distinción entre grados diferentes de rigidez relativa, así como la introducción, junto con una reserva de administración que ponga algún freno a la microlegislación, bien de reservas de código o de leyes orgánicas para la tutela de los textos normativos de particular relevancia: como, por ejemplo, el ordenamiento judicial, el penitenciario, el de las autonomías municipales, el Estatuto de los Trabajadores, el procedimiento laboral y otros similares. Una rígida *reserva de código*, en particular, sería a mi juicio deseable en materia penal, por medio de una recodificación racional del actual laberinto de leyes especiales, bajo el principio de que todas las normas relativas a delitos, penas y procesos deban estar contenidas en códigos y ninguna de ellas pueda ser introducida si no es por medio de una reforma de los códigos con procedimientos agravados.

24. Cf. F. de Vitoria, *De Indis recenter inventis relectio prior*, en F. de Vitoria, *De Indis et de iure belli relectiones*, ed. de Ernest Nys, Oceana, New York, 1964, III, 1, p. 257.

25. *Ibid.*, 2, p. 257.

26. *Ibid.*, 3, pp. 258-259.

27. *Ibid.*, 9-12, pp. 262-263.

28. *Ibid.*, 5, p. 260.

29. *Ibid.*, 6-7, pp. 260-261. Cf. también, *ibid.*, II, 11-13, pp. 149-50. Sobre estas tesis de Francisco de Vitoria y sobre el paradigma de legitimación de la expansión colonial, por él inaugurado —como «misión de evangelización» y luego, en versión laica, de «civilización»—, remito a mi trabajo «America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno»: *Meridiana* 15 (1992), 17-52.

5

LA SOBERANÍA EN EL MUNDO MODERNO

INTRODUCCIÓN

1. *Tres aporías en la idea de soberanía.* «Soberanía» es el concepto, a un mismo tiempo jurídico y político, en que confluyen todos los problemas y las aporías de la teoría positivista del derecho y del Estado. Aunque conocida ya en la Edad Media por autores como Beaumanoir y Marino da Caramanico, es indudable que la noción de «soberanía» como *suprema potestas superiorem non recognoscens* se remonta al momento de la aparición de los grandes Estados nacionales europeos y al correspondiente debilitamiento, en el umbral de la Edad Moderna, de la idea de ordenamiento jurídico universal que la cultura medieval había heredado de la romana[1]. Hablar de soberanía y de sus avatares históricos y teóricos significa, por tanto, hablar del desarrollo de esa particular formación político-jurídica que es el Estado nacional moderno, sugida en Europa hace poco más de cuatro siglos, exportada en este último a todo el planeta y hoy próxima a su ocaso.

Las hipótesis de trabajo que aquí pretendo desarrollar son tres, y hacen referencia a otras tantas aporías de la doctrina de la soberanía, vinculadas a diversos y heterogéneos materiales —iusnaturalistas, positivistas, contractualistas, idealistas y espiritualistas— que a través de cuatro siglos han ido alimentándola.

La primera aporía afecta al significado filosófico de la idea de «soberanía». Como categoría filosófico-jurídica la soberanía es una construcción de matriz iusnaturalista que ha servido como base para la concepción positivista del Estado y el paradigma del derecho internacional moderno; es, por tanto, un residuo premoderno que se

halla en el origen de la modernidad jurídica, a pesar de estar virtualmente en conflicto con ella. Al mismo tiempo ha constituido una metáfora antropomórfica de rasgos absolutistas, incluso a través de la mutación de las imágenes del Estado a las que sucesivamente iba quedando asociada o que ella misma iba generando: desde la idea de soberanía como atributo del *princeps* hasta las concepciones jacobinas, organicistas y democráticas en los orígenes de la soberanía nacional, más tarde de la soberanía popular, y finalmente en las doctrinas iuspublicistas decimonónicas del Estado-persona y de la soberanía como atributo o sinónimo del Estado.

La segunda aporía hace referencia a la historia, teórica y sobre todo práctica, de la idea de soberanía como *potestas* absoluta *superiorem non recognoscens*. Esta historia afecta a dos procesos que han tenido una evolución paralela y sin embargo divergente: el de la soberanía interna, de su progresiva limitación y disolución simultáneo a la formación de los Estados constitucionales y democráticos de derecho; y el de la soberanía externa, de su progresiva absolutización, que alcanza su apogeo en la primera mitad de este siglo con las dos guerras mundiales. Estas dos historias no coinciden tampoco desde el punto de vista cronológico: la de la soberanía externa comienza antes y, a diferencia de la de la interna, está lejos aún de haber concluido y sigue representando una permanente amenaza de guerra y destrucción para el futuro de la humanidad.

La tercera y última aporía afecta a la consistencia y legitimidad conceptual de la idea de soberanía desde el punto de vista de la teoría del derecho. Voy a defender la tesis de la existencia de una antinomia irresoluble entre soberanía y derecho: una antinomia no sólo en el ámbito del derecho interno de los ordenamientos avanzados, donde la soberanía se encuentra en conflicto con el paradigma del Estado de derecho y de la sujeción a la ley de cualquier poder, sino también en el ámbito del derecho internacional, donde ha entrado en contradicción con las modernas cartas constitucionales internacionales y, en particular, con la *Carta* de la ONU de 1945 y con la *Declaración universal de derechos humanos* de 1948.

Bajo estos diversos puntos de vista —filosófico-jurídicos, filosófico-políticos y de teoría del derecho— hoy ha llegado a ser más actual y urgente que nunca el pronóstico que realizó Hans Kelsen, hace más de setenta años: «el concepto de soberanía», escribía Kelsen en la conclusión de su célebre ensayo de 1920 sobre la soberanía, «debe ser resuelto de forma radical. Ésta es la primera revolución de la conciencia cultural que necesitamos»[2].

I. EL ORIGEN IUSNATURALISTA DE LA IDEA DE SOBERANÍA

2. *La* communitas orbis *como sociedad de Estados soberanos en el pensamiento de Francisco de Vitoria.* La primera de mis tres hipótesis de trabajo, así como de las tres aporías asociadas a ellas, afecta a los orígenes iusnaturalistas de las dos dimensiones de la idea de soberanía, si bien desde dos tradiciones diferentes del derecho natural: la soberanía interna y la soberanía externa.

La primera de estas dos dimensiones que llegó a encontrar un reflejo teórico fue la de soberanía externa. Los historiadores del derecho internacional piensan que sus primeras formulaciones se remontan, junto con el nacimiento del derecho internacional moderno, antes aun de que aparecieran las doctrinas de la soberanía interna de Bodin y de Hobbes, a los teólogos españoles del siglo XVI: primero a Francisco de Vitoria, y luego a Gabriel Vázquez de Menchaca, Balthazar de Ayala y Francisco Suárez, que anticiparon la reflexión más tardía de Hugo Grocio[3]. Y conectan este origen a una exigencia eminentemente práctica como era la de ofrecer un fundamento jurídico a la conquista del Nuevo Mundo en los tiempos inmediatamente posteriores al descubrimiento[4].

Francisco de Vitoria, cuyo destacado papel en la fundación del derecho internacional ha sido ya reconocido por la crítica historiográfica, es un autor de extraordinaria modernidad[5], en muchos aspectos más avanzado que otros autores considerados padres fundadores, y que son posteriores a él: Francisco Suárez, Alberico Gentili y Hugo Grocio. En sus *Relectiones*, impartidas en Salamanca en los años veinte y treinta del siglo XVI, rechazó todos los títulos de legitimación de la conquista alegados inicialmente por los españoles: el *ius inventionis*, de carácter iusprivatista, invocado por Colón, pues los indios habían sido descubiertos «non plus quam si illi invenissent nos»[6]; la idea de una soberanía universal del Imperio[7] o de la Iglesia[8]; el hecho de que los indios fueran *infideles*[9] y pecadores[10]; la sumisión voluntaria, cuya espontaneidad era legítimo poner en duda[11]; y, finalmente, la idea de una especial concesión de Dios a los españoles, sobre la cual ironizaba Vitoria porque le parecía altamente improbable y porque contradecía tanto el derecho común como las Sagradas Escrituras[12].

Frente a la ilegitimidad de estos títulos, Vitoria contrapone los que él considera únicos títulos legítimos para la conquista. Con este fin acude a los orígenes de las antiguas doctrinas, sentando las bases del derecho internacional moderno y al mismo tiempo de la moder-

na concepción del Estado como sujeto soberano. Las ideas fundamentales de esta imponente construcción son esencialmente tres: *a*) la configuración del orden mundial como sociedad natural de Estado soberanos; *b*) la formulación teórica de una serie de derechos naturales de los pueblos y de los Estados; y *c*) la reformulación de la doctrina cristiana de la «guerra justa», por él definida como sanción jurídica frente a las *iniuriae* recibidas.

a) La primera y más importante de estas tesis es la representación del orden mundial como *communitas orbis*, es decir, como sociedad de *respublicae* o de Estados soberanos, igualmente libres e independientes, «sometidos en el exterior a un mismo derecho de gentes y en el interior a las leyes constitucionales que ellos mismos se han dado»[13]. Se trata de una idea revolucionaria, que retomará Francisco Suárez al afirmar que existe «aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem», que congrega el *genus humanum*[14]; y luego por Alberico Gentili y Hugo Grocio, quienes expresarán la idea del sometimiento de la humanidad entera al *ius gentium*[15]. La vieja idea universalista de la *communitas* medieval, bajo el dominio universal del Emperador y del Papa, es rechazada y sustituida por la idea de una sociedad internacional de Estados nacionales, concebidos como sujetos jurídicos independientes entre sí, igualmente soberanos pero subordinados a un único derecho de gentes.

En Vitoria, por lo demás —y en este punto reside precisamente su gran modernidad—, esta idea irá acompañada de una concepción jurídica del poder público que anticipa la futura doctrina del Estado de derecho, tanto en el ámbito del derecho interno como del derecho internacional. En primer lugar, los Estados serán entendidos, kelsenianamente, como ordenamientos sobre la base de una equiparación entre derecho y Estado: las leyes civiles, afirma, obligan a los legisladores y principalmente a los reyes[16], de manera que éstos dejarán de encontrarse ya *legibus soluti* —como, por el contrario, pensaba Bodin, a quien debemos la definición clásica de la soberanía como «summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas»[17]—, y quedan sometidos a leyes que «etiam si ferantur a rege, obligant ipsum regem»[18]. En segundo lugar, Vitoria enuncia abiertamente el fundamento democrático de la autoridad del soberano, anticipando el principio moderno de la soberanía popular: el príncipe, dice, «habet auctoritatem a Republica. Ergo debet uti illa ad Bonum Rei-publicae. Item leges debent esse nullo privato commodo, sed pro communi utilitati civium conscriptae»[19]: una tesis revolucionaria, continuada y desarrollada por Francisco Suárez[20], pero rechazada en cambio por Grocio[21]. Para Vito-

ria, en tercer lugar, el derecho de gentes vincula a los Estados en sus relaciones externas no sólo como *ius dispositivum*, por la fuerza de los pactos, sino también en cuanto *ius cogens*, con la fuerza de la ley: «ius gentium non solum habet vim ex pacto et condicto inter homines, sed etiam habet vim legis»[22]. Por último, más allá de la *universalis respublica* de gentes, Vitoria hará referencia a la humanidad entera como nuevo sujeto de derecho: «Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potes-tate ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium [...] Neque licet uni regno nolle teneri iure gentium: est enim latum *totis orbis authoritate*»[23]. Una idea, ésta del *totus orbis*, es decir, de la humanidad como persona moral que representa a todo el género humano, que «es indudablemente», como ha escrito Antonio Truyol Serra, «la concepción más grandiosa e innovadora de Francisco de Vitoria»[24].

b) Es precisamente en esta «grandiosa» concepción de la *communitas orbis* como sociedad natural de Estados libres e independientes donde Vitoria encuentra el fundamento de la segunda idea básica de su construcción, y que resulta antinómica respecto de la primera: la idea de la soberanía estatal externa, identificada con un conjunto de derechos naturales de los pueblos que ofrecen, por un lado, una nueva legitimación a la conquista y, por otro, el armazón ideológico de carácter eurocéntrico del derecho internacional, de su utilización colonialista e incluso de su vocación belicista. Se intuyen aquí, mucho antes de que aparezcan las grandes construcciones iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, los oscuros orígenes de los derechos naturales y su función de legitimación ideológica no sólo de los valores, sino también de los intereses políticos y económicos de los países occidentales.

El primer derecho natural formulado por Vitoria es el *ius communicationis*, derivado del postulado de la «sociedad natural» de naciones[25]. Parafraseando las *Institutiones* de Gayo (1,2,1), y sustituyendo *homines* por *gentes*, Vitoria propone la siguiente definición del derecho internacional: «quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium»[26]. Existe, pues, una sociedad y una comunión natural entre los pueblos, cada uno de los cuales tiene derecho a entrar en comunicación con los demás. Parecería una concepción del orden jurídico mundial inspirada no sólo en la igualdad, sino además en la fraternidad universal[27]. Sólo que Vitoria hace derivar de ella una larga serie de derechos de gentes cuya aparente universalidad se verá desmentida por su carácter ostensiblemente asimétrico: ante todo, el *ius peregrinandi et degendi*[28], y, por tanto, el derecho de tránsito y la libertad de los mares[29], que serían elabo-

rados de forma mucho más explícita y detallada por Alberico Gentili y Hugo Grocio[30]; en segundo lugar, el *ius commercii,* y, por consiguiente, la consagración jurídica de un gran mercado mundial unificado[31]; en tercer lugar, el *ius occupationis* sobre las tierras baldías y sobre aquellas cosas que los indios no recogen, incluyendo el oro y la plata[32]; en cuarto lugar, el *ius migrandi*, es decir, el derecho a desplazarse hacia el nuevo mundo y alcanzar allí la ciudadanía[33]. Todo lo cual permite poner en claro el carácter concretamente desigualitario de unos derechos que resultan ser universales sólo en abstracto: de hecho, sólo los españoles iban a poder ejercerlos —emigrando, ocupando, dictando las leyes de un intercambio desigual—, mientras que los indios no serán más que la parte pasiva y las víctimas de ese ejercicio.

Junto a estos derechos humanos Vitoria añade otros cuatro derechos divinos no menos asimétricos y todavía más falsamente liberales: el *ius praedicandi et annunciandi Evangelium* y el deber de los indios de no obstaculizar su ejercicio[34]; el derecho-deber de la *correctio fraterna* de los bárbaros[35]; el derecho-deber de proteger a los conversos frente a sus señores[36]; el de la sustitución de éstos por soberanos cristianos en caso de que se hubieran convertido la mayor parte de los súbditos[37]. Finalmente, el derecho más importante, que se convierte en una especie de norma de clausura: el derecho que asiste a los españoles, en caso de que los indios no se dejaran convencer por sus buenas razones, para defender sus derechos y su seguridad incluso recurriendo a la guerra como medida extrema[38]. Así, pues: «si, omnis tentatis, Hispani non possunt consequi securitatem cum barbaris, nisi occupando civitates et subiciendo illos, licite possunt hoc etiam facere. Probatur, quia finis belli est pax et securitas»[39].

c) Así, la concepción jurídica de la comunidad internacional como sociedad natural de Estados soberanos que ofrece Vitoria permite fundar, casi como si de un corolario se tratase, su tercera idea básica: una nueva doctrina de la legitimación de la guerra justa (y, a través de ella, de la conquista), definida como reparación de *iniuriae* y, por tanto, como instrumento para la realización del derecho[40]. De ello deriva una configuración jurídica de la guerra como sanción dirigida a asegurar la efectividad del derecho internacional que se perpetuará hasta nuestro siglo y llegará hasta Kelsen. La guerra es lícita y necesaria, afirma Vitoria, precisamente porque los Estados están sometidos al derecho de gentes y, en ausencia de un tribunal superior, sus razones sólo pueden ser defendidas por medio de la guerra[41].

De aquí se desprenden además tres consecuencias. La primera, más tarde desarrollada por Alberico Gentili[42], es que la guerra sólo

puede ser declarada lícitamente por Estados y nunca por particulares[43]: lo cual permite, por un lado, limitarla, deslegitimando el antiguo azote de las guerras civiles, pero llega a convertirse, por otro, en la más significativa e inconfundible característica de la incipiente soberanía externa de los Estados, que a partir de ese momento podían ser concebidos ya como *respublicae perfectae* en la medida en que, y sólo en la medida en que, comenzaban a ser *sibi sufficientes* gracias a la titularidad de un *ius ad bellum*. El derecho a la guerra se convierte así en fundamento y en criterio de identificación del Estado[44], y al mismo tiempo en la seña más concreta de su emancipación respecto de la tradicional vinculación externa con la autoridad imperial[45].

La segunda consecuencia es que el príncipe que declara una guerra justa es «juez competente para conocer de las pretensiones reivindicadas con ella»[46]. Poco importa que la satisfacción de tales pretensiones dependa de la fuerza y no del derecho, y que esto equivalga a tomarse la justicia por su mano, ni tampoco que semejantes jueces combatientes sean además jueces en causa propia. Si es cierto que la injuria sufrida es la única causa de justificación de la guerra[47], también lo es que la guerra es la única justa sanción posible.

La tercera y última consecuencia de esta concepción de la guerra como sanción es una larga lista de límites, tanto respecto de sus presupuestos (*ius ad bellum*) como respecto de sus modalidades (*ius in bello*). Cualquier injuria no puede justificar una guerra, pues una sanción tan grave y terrible debe ser proporcionada a la ofensa recibida[48] y el príncipe legítimo, a diferencia del tirano, no puede poner en peligro la vida de sus súbditos sin una razón justa[49]. Además, precisamente porque ha sido configurada como sanción «orientada a la paz y a la seguridad»[50], la guerra no puede degenerar en violencia ilimitada, sino que debe quedar sometida a derecho (*ius in bello*). No debe por tanto afectar a «inocentes», como las mujeres, los niños, los «inofensivos agricultores» y en general a quienes hoy consideramos «población civil»[51]. Ni tampoco estarán consentidas las masacres, saqueos y expolios del enemigo, con la excepción de sus armas[52]. Y, aunque es lícito matar a los enemigos en batalla, no lo es cuando los enemigos han dejado de ser peligrosos y han sido apresados[53]. En definitiva, únicamente está consentida la mínima violencia necesaria, y el trato a los enemigos se encuentra sometido a derecho[54].

3. *El perfeccionamiento de la idea de soberanía en la era del absolutismo. Grocio, Hobbes y Locke.* Las tres doctrinas anteriormente

descritas —la idea de una sociedad de Estados igualmente soberanos pero sometidos a derecho, la afirmación de una serie de derechos naturales que les corresponden y la teoría de la guerra justa como sanción— se encuentran en la base de la soberanía estatal externa y, en general, de la totalidad de la teoría internacionalista moderna. Cada una de ellas indica una ambivalencia y una aporía: la idea de igualdad entre Estados como sujetos igualmente soberanos está en contradicción con su sometimiento a derecho y a la vez queda desmentida por las desigualdades concretas que existen entre ellos y por el papel dominante de las grandes potencias; los derechos naturales de los Estados, desde el *ius communicationis* hasta el *ius commercii*, aun siendo iguales en abstracto, se revelan en la práctica como asimétricos y desiguales, hasta el punto de convertirse en los derechos de conquista y colonización de los países del Segundo, y luego del Tercer Mundo, por parte de los del primero; la doctrina de la guerra justa como sanción y realización del derecho, por último, no se sostiene ante la lógica de la guerra como violencia ilimitada e incontrolable, que contrasta por naturaleza con el derecho mismo.

Serán precisamente estas aporías y estas ambigüedades las que permitan explicar el fracaso histórico de las ideas de Vitoria y, al mismo tiempo, su fortuna teórica y su permanencia en el tiempo, por lo menos hasta el nacimiento de la ONU, como coordenadas básicas de la cultura jurídica internacionalista y del propio orden normativo de la comunidad internacional. En efecto, el diseño cosmopolita de una sociedad de Estados sometidos al derecho de gentes, trazado por Vitoria, entrará rápidamente en crisis a causa de la antinomia entre las formas absolutas de soberanía y la idea de su sometimiento a derecho, que iba a resultar insoluble. Y, sin embargo, el paradigma vitoriano, precisamente en virtud de su ambivalencia, ha seguido informando hasta nuestros días la ciencia internacionalista y ha seguido alimentando dos imágenes opuestas pero presentes a un mismo tiempo: por un lado, la utopía jurídica y la doctrina normativa de la convivencia mundial basada en el derecho, y, por otro, la doctrina en principio cristiano-céntrica y luego laicamente eurocéntrica de legitimación de la colonización y la explotación del resto del mundo por parte de los Estados europeos, en nombre de «valores» en cada época diferentes pero siempre proclamados como universales: primero la misión de «evangelización», luego la misión de «civilización», y finalmente la actual mundialización de los llamados «valores occidentales».

Será en el siglo XVII cuando el modelo vitoriano entrará definiti-

vamente en crisis. Con la consolidación de los Estados nacionales y con su independización plena respecto de los vínculos ideológicos y religiosos que habían aglutinado a la *civitas christiana* bajo la égida de la Iglesia y del Imperio, caerá todo límite a la soberanía estatal, que alcanza así, cumplido su proceso de secularización, un carácter totalmente absoluto. Estos dos procesos —el de secularización y el de absolutización— afectan a las dos dimensiones de la soberanía, la externa y la interna, y se encuentran vinculados a la formación de la idea moderna de Estado como persona artificial, fuente exclusiva del derecho y al mismo tiempo independiente del derecho.

Adquiere un carácter absoluto, ante todo, el principio de la soberanía externa. La doctrina internacionalista y la filosofía política del siglo XVII disuelven toda la ambigüedad que estaba presente en la construcción de Vitoria para adaptarla, de forma realista, a la fragmentación de Europa en nuevos Estados soberanos, tal como había quedado reconocida en la paz de Westfalia de 1648[55]. Quedará atenuada, por tanto, hasta llegar a desaparecer, la dimensión normativa y axiológica presente en el pensamiento internacionalista de Vitoria. Se remonta a Alberico Gentili y, de forma más explícita, a Hugo Grocio la primera formulación del «principio de efectividad», que habría de convertirse en postulado teórico y metodológico de la ciencia internacionalista y que, en la práctica, había de implicar la falacia naturalista de la reducción del derecho al hecho. Aun retomando la idea vitoriana de una *universalis societas gentium*, Grocio logra que el derecho de gentes llegue a ser autónomo tanto respecto del derecho natural, como de la moral y de la teología, al definirlo como «id quod Gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit»[56]; es decir, como aquello que adquiere fuerza vinculante por el consenso de todos o de la mayor parte de los Estados, y más exactamente de aquellos Estados que Grocio denomina *moratiores*, o sea, más civilizados[57]. Es así como el derecho pasa a derivar del hecho, y precisamente de la voluntad y de los intereses de los sujetos más fuertes de la comunidad internacional. Prueba de ello son muchas de las tesis de Grocio sobre la cuestión de la guerra, reflejo de la práctica dominante, que suponen un claro retroceso respecto de las de Vitoria: según Grocio, el *ius ad bellum* deja de estar rígidamente subordinado a la ofensa recibida, concurriendo también frente a quien haya violado el derecho natural[58] o haya ofendido a la divinidad[59]; y el *ius in bello*, que Vitoria había fundado en la rígida exclusión de toda violencia inútil o excesiva, y en particular de aquella violencia que se dirige contra la población civil, pierde en Grocio todo límite, siendo lícito para los beligerantes matar a todas

aquellas personas que se encuentran en territorio enemigo[60], incluidas las mujeres y los niños[61], y hasta los prisioneros[62].

Pero sería sobre todo la filosofía política iusnaturalista del siglo XVIII la que rompería cualquier vínculo jurídico supraestatal de la soberanía —interna aun más que externa—. Cumplido el proceso de secularización de los nuevos Estados nacionales, la soberanía estatal se liberaría de cualquier clase de límite, tanto en las teorías de Bodin y de los legistas franceses Charles Loyseau y Cardin Le Bret, como en el paradigma contractualista inaugurado por Hobbes como fundamento de la teoría jurídica y política moderna. Todas las aporías existentes en el pensamiento de Vitoria quedan desde aquel momento superadas por la explícita formulación del carácter absoluto de la soberanía interna; con las únicas limitaciones, según Bodin, de las leyes divinas y naturales[63] y, según Hobbes, de la ley natural entendida como principio de razón[64], y además del vínculo contractual de la tutela de la vida de los súbditos. A Hobbes se remonta, en particular, la primera formulación de las ideas del Estado-persona y de la personalidad del Estado, que llegarán a ofrecer un sólido punto de apoyo al atributo de la soberanía[65]. «Por lo tanto el ESTADO —escribe Hobbes en el *De cive*— es *una sola persona* cuya *voluntad*, como consecuencia de los acuerdos de muchos hombres, ha de tenerse en lugar de la de todos para que pueda disponer de las fuerzas y de las facultades de cada uno para la paz y la defensa común»[66].

Se trata de una idea fundamental en la futura historia del derecho público. Nace con ella la metáfora antropomórfica del «Estado-persona» u «hombre artificial»[67], aún hoy dominante en la doctrina iuspublicística, a la que se asocia la soberanía como esencia o como «alma artificial», y además como poder absoluto[68]. Esta figura designa, a un mismo tiempo, una fuente suprema y no derivada, y se convierte en base de todo el aparato conceptual del positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho, en virtud del cual «auctoritas, non veritas facit legem»[69]; del fundamento formalista y voluntarista de la validez de las normas, identificado con el principio *quod principi placuit legis habet vigorem*, cualquiera que sea el contenido del acto normativo; del monopolio estatal de la producción jurídica, de la consiguiente unidad del ordenamiento y de su independencia respecto de fuentes jurídicas extra o supraestatales. Quedará entonces profundamente condicionada la imagen del Estado sostenida incluso hasta el pasado siglo y en la primera mitad del presente por la dogmática iuspublicística alemana e italiana: a través de ella se llegará, en coherencia con la metáfora antropomórfica del Estado-persona y de su perso-

nalidad soberana, a construir en términos de «auto-limitación» y de «auto-obligación» la propia teoría liberal de los derechos fundamentales y de los límites a la actividad del Estado.

No menos importantes son las implicaciones de esta construcción en relación con la soberanía externa. Si el Estado es soberano en el interior, lo es necesariamente también, pues no hay fuentes normativas superiores a él en el exterior. Sucede sin embargo que esta soberanía externa, al coincidir con la igual soberanía de los demás Estados, genera una libertad salvaje que reproduce en el ámbito de la comunidad internacional el estado de naturaleza sin reglas que había sido negado y superado en el ámbito interno precisamente gracias a su institución. Es así como la creación del Estado soberano como factor de paz interna y de superación del *bellum omnium* entre las personas de carne y hueso equivale a la simultánea fundación de una comunidad de Estados que, en la medida en que son soberanos, se convierten en factores de guerra externa en la sociedad artificial de los Leviatanes que ha aparecido con ellos.

Los Estados —escribe con realismo Hobbes alejándose de la idea de la *societas gentium* de Vitoria y de Grocio como sociedad de pueblos libres e independientes pero sometidos a derecho— se encuentran entre sí en la condición del *bellum omnium* propia del estado de naturaleza: una condición efectiva y no puramente hipotética, dice, puesto que «aunque no hubiese habido ninguna época en la que los individuos estaban en una situación de guerra de todos contra todos, es un hecho que, en todas las épocas, los reyes y las personas que poseen una autoridad soberana están, a causa de su independencia, en una situación de perenne desconfianza mutua, en un estado y disposición de gladiadores, apuntándose con sus armas, mirándose fijamente, es decir, con sus fortalezas, guarniciones y cañones instalados en las fronteras de sus reinos, espiando a sus vecinos constantemente, en una actitud belicosa»[70]. Y, además: «la libertad del Estado es la misma que la que cada hombre debería tener si no hubiera ni leyes civiles ni Estado alguno. Y los efectos de ella deberán también ser los mismos. Pues, al igual que entre los hombres a quienes les falta un amo y señor hay una guerra perpetua de cada uno contra su vecino [...], así también en los Estados y Repúblicas que no dependen mutuamente de otros, es cada Estado, y no cada hombre, el que tiene una absoluta libertad de hacer lo que desee, es decir, lo que el hombre o asamblea de hombres que lo representa juzgue como más conducente al logro de su propio beneficio. Pero, actuando así, viven en una condición de guerra perpetua, aprestados para la batalla, con sus fronteras fortificadas y los

cañones apuntando a los países vecinos que los rodean»[71]. Parecida es también la imagen de la sociedad internacional ofrecida por Locke: «[Puesto que] todos los príncipes y jefes de los gobiernos independientes del mundo entero se encuentran en un estado de naturaleza, es obvio que nunca faltaron en el mundo, ni nunca faltarán, hombres que se hallen en tal estado»[72].

De esta forma la sociedad internacional de los Estados pasa a configurarse —tanto en la teoría como en la práctica— como una sociedad salvaje en estado de naturaleza; más aun, como el moderno paradigma del estado de naturaleza. Con la particularidad, respecto del estado de naturaleza originario, de que esta nueva sociedad salvaje ya no está formada por hombres naturales de carne y hueso sino exclusivamente por esos «hombres artificiales» que ellos mismos han construido. La ambigüedad de los sujetos soberanos —las *respublicae* y las *communitates* de Vitoria y de Suárez, las *civitates* y las *gentes* de Gentili y de Grocio, todas independientes pero sometidas al derecho— queda disuelta en sentido absolutista dejando sobre la escena internacional únicamente a los nuevos Leviatanes: máquinas y lobos artificiales, en estado de guerra virtual y permanente, libres de todo vínculo legal, sustraídos al control de sus creadores para cuya paz y tutela fueron inventados, y hasta en armas contra ellos y dotados de la capacidad de destruirlos.

Al mismo tiempo, la filosofía iusnaturalista de siglo XVII seculariza el paradigma vitoriano de legitimación de las conquistas coloniales. El nuevo mundo, que había suscitado en el siglo XVI las representaciones utópicas y las perspectivas de un nuevo comienzo en las obras de grandes intelectuales como Thomas More, Michel de Montaigne y Francis Bacon[73], ofrece, en efecto, el modelo originario del «estado de naturaleza», contrapuesto como inferior al «estado civil» y destinado a ser superado y suprimido por éste.

En esa misma página en que hace referencia a la sociedad de los Estados como un vivo ejemplo del estado de naturaleza, Thomas Hobbes indica otro ejemplo de dicho estado: el estado «salvaje» y «brutal» en que viven las poblaciones primitivas de las Américas: «Podrá tal vez pensarse que jamás hubo un tiempo en el que tuvo lugar una situación de guerra de este tipo. Y yo creo que no se dio de una manera generalizada en todo el mundo. Pero hay muchos sitios en los que los hombres viven así ahora. Pues los pueblos salvajes en muchos lugares de América, con la excepción del gobierno que rige en las pequeñas familias, cuya concordia depende de los lazos naturales del sexo, no tienen gobierno en absoluto y viven en el día de hoy de esa manera brutal que he dicho antes»[74]. De forma aun más

siniestra Locke los describe como bárbaros, deseosos de sangre, insolentes e irreverentes, no organizados en reinos o en repúblicas sino en «bandas»[75]; y encuentra en las exterminadas tierras americanas el paradigma de las tierras baldías, abandonadas y apropiables «sin perjuicio de nadie», y sobre él construye su conocida teoría de la ausencia de limitaciones para la acumulación capitalista[76].

Puede entenderse entonces, sobre la base de estas representaciones, que el *ius societatis et communicationis* de Vitoria pudiera convertirse en el imperativo hobbesiano del paso desde el estado de naturaleza al estado civil, y por tanto en un derecho-deber que se tiene en nombre de la razón antes incluso que de la religión, no sólo de convertir, sino incluso de «civilizar», o sea, de integrar, homologar, destruir. La relación de comunicación con el nuevo mundo imaginada por Vitoria se transforma abiertamente en una relación de alteridad, de negación y de dominación. Y la figura del «salvaje» viene a identificarse con la de la «persona ajena», la mayor parte de las veces el enemigo, en algún caso no-humano o semi-humano, y en todos los casos «inferior»[77]. De esta forma, la cultura política laica y liberal encuentra también en el nuevo mundo —más allá del modelo del «estado de naturaleza» que en contraposición con el «estado civil» permitirá edificar la nueva legitimación racionalista del Estado moderno— el parámetro de la desigualdad y de la superioridad del hombre blanco, que llegará a alimentar ese fenómeno estrictamente moderno que es el racismo y al mismo tiempo a legitimar el expansionismo europeo primero en las formas de la conquista y de la colonización, luego de la explotación y de la homologación y, finalmente, de la exportación a todo el mundo de los modelos culturales y políticos de Occidente, empezando por el propio modelo institucional del Estado soberano y el de la guerra entre Estados que constituye su corolario.

Superación del estado de naturaleza en el interior y su conservación (o, mejor dicho, su instauración) en el exterior pasan a ser así las dos coordenadas en torno a las que se desarrolla la historia teórica y práctica de los modernos Estados soberanos, inscritas ambas en su código genético por la filosofía política iusnaturalista. El Estado moderno como sujeto soberano queda fundado, pues, de forma laica y racional, sobre la base de una doble oposición —por negación y por afirmación— al estado de naturaleza: sobre la negación, en cuanto «estado civil», del «estado de naturaleza» originario de las sociedades primitivas y salvajes de los hombres de carne y hueso, y por tanto sobre la oposición entre «civilización» y «barbarie» como fuente de legitimación de nuevas formas de desigualdad y de dominio; y

sobre la afirmación, como corolario, de un nuevo estado de naturaleza paradójicamente artificial porque está producido según el mismo artificio por el que se origina el Estado: la sociedad salvaje pero artificial de los Estados soberanos, virtualmente en estado de guerra entre sí, pero a la vez hermanados, como «mundo civilizado», por el derecho-deber de civilizar al resto del mundo.

II. ITINERARIOS DIVERGENTES DE LA SOBERANÍA INTERNA Y DE LA SOBERANÍA EXTERNA EN LA ERA LIBERAL

4. *La limitación de la soberanía interna con la formación del Estado de derecho. La construcción del Estado-persona.* Llegamos así a mi segunda hipótesis de trabajo y a la segunda aporía que me interesa señalar. La doble oposición entre estado de naturaleza y estado civil abre el camino, desde la Revolución francesa, a dos líneas de evolución paralelas y opuestas en la soberanía: la de su progresiva limitación interna, en el ámbito del derecho estatal, y la de su progresiva absolutización externa, en el ámbito del derecho internacional. La comunidad salvaje de los Estados soberanos llega a su culminación, celebra su triunfo, precisamente en la Edad Contemporánea y, en particular, en los cien años comprendidos entre la mitad del siglo XIX y la mitad del XX, que coinciden también en Europa con la construcción del Estado de derecho y de la democracia. Soberanía externa y soberanía interna recorren en esta fase dos itinerarios contrarios: una se limita en la misma medida que la otra se libera, en correspondencia con la doble faz del Estado.

El primer itinerario arranca desde el final del absolutismo regio y el nacimiento del Estado liberal. Con la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 y más tarde con la sucesivas cartas constitucionales cambia la forma del Estado y con ella, hasta quedar vacío de contenido, el principio mismo de la soberanía interna. División de poderes, principio de legalidad y derechos fundamentales constituyen, en efecto, limitaciones y en último término negaciones de la soberanía interna. Gracias a estos principios, la relación entre Estado y ciudadano deja de ser una relación entre soberano y súbdito, y se convierte en una relación entre dos sujetos que tienen una soberanía limitada. En particular, el principio de legalidad en los nuevos sistemas parlamentarios cambia la estructura del sujeto soberano vinculándolo no sólo a la ley sino también al principio de las mayorías y a los derechos fundamentales —por tanto, al pueblo y a los individuos— y transformando los poderes públicos

de potestades absolutas en potestades funcionales. Desde esta perspectiva el modelo del Estado de derecho, en virtud del cual todos los poderes quedan subordinados a la ley, equivale a la negación de la soberanía, resultando excluidos aquellos sujetos o poderes que se encuentran *legibus solutus*; y de esta forma la doctrina liberal del Estado de derecho y de los límites de su actividad se convierte también en una doctrina que rechaza la soberanía.

Se trata de un proceso que pone en evidencia —manifestándose como una auténtica disociación entre el pensamiento político y jurídico y la nueva realidad del Estado— todas las dificultades y las aporías del concepto de soberanía. En el terreno doctrinal la idea de soberanía externa, lejos de ser abandonada, como exigía la lógica del Estado de derecho, se refuerza abiertamente, desarrollándose a través de las dos figuras de la soberanía nacional y de la soberanía popular, que ambiguamente se aproximan a la de soberanía estatal[78], y obteniendo a través de ellas una legitimación política todavía más fuerte que la que provenía de las antiguas fuentes teológicas y contractualistas. El reflejo teórico de ello se encuentra tanto en la doctrina rousseauniana de la «voluntad general»[79] como en la doctrina hegeliana del «Estado ético»[80], pues ambas, a pesar de sus diferencias, atribuyen una dimensión totalitaria al viejo principio de la soberanía absoluta. En estas dos representaciones organicistas de la relación entre Estado y sociedad el Estado no se legitima solamente como orden civil y racional, sino que queda identificado, en un caso, con el «cuerpo moral y colectivo» de todos los ciudadanos[81], y sublimado, en el otro, como «substancia ética» y como «espíritu del mundo»[82]. En uno y otro caso, el pueblo y los individuos de carne y hueso, que en las doctrinas contractualistas y liberales, e incluso en Hobbes, habrían conservado siempre una subjetividad autónoma como partes contratantes del *pactum subiectionis*, quedan anulados en el Estado: «El Estado —escribe Hegel— tiene por último la faceta de ser la realidad efectiva inmediata de un pueblo singular y naturalmente determinado»[83]; además, «llamamos Estado al individuo espiritual, al pueblo, por cuanto está en sí articulado, por cuanto es un todo orgánico»[84].

Pero será sobre todo con el pensamiento jurídico del siglo XIX cuando se llegará a atribuir un ropaje científico a la imagen antropomórfica del Estado soberano y cuando esta imagen llegará a convertirse en fundamento de la nueva ciencia del derecho público. Se remonta a finales del siglo XIX la construcción, desarrollada por la doctrina iuspublicista alemana (en particular por Gerber y Laband) e italiana (Orlando y Santi Romano), de la figura jurídica y no mera-

mente política del Estado-persona como sujeto originario, fundante pero no fundado, titular de una soberanía que ya no recae en el *princeps* o en el pueblo[85]. Semejante construcción, tal como ha mostrado Maurizio Fioravanti, se beneficiaría en Italia de la ambivalencia del Estatuto albertino, caracterizado, sobre la base del modelo dualista y pacticio de la monarquía francesa de julio, por la presencia conjunta de dos fundamentos —el monárquico y el popular— del poder político: si ninguno de estos dos fundamentos «políticos» resulta ser constituyente, argumentaba Orlando en sus *Studi giuridici sul governo parlamentare* de 1886, «soberano» no es ni el rey ni el pueblo, sino el Estado mismo personificado[86]. Se trató de una compleja operación de desplazamiento y de ocultamiento del elemento constituyente del Estado, de claro sentido anti-ilustrado y anti-contractualista, dirigida a obtener dos resultados: por un lado, neutralizar y naturalizar el Estado y por tanto atribuir un carácter «científico-objetivo» a la doctrina del derecho público y, a través de ella, por una suerte de legitimación de retorno, un carácter «jurídico-objetivo» al Estado mismo y a sus instituciones contingentes; y, por otro lado, como consecuencia de lo anterior, conferir a una determinada imagen del Estado, y asimismo a la naciente doctrina del derecho público, una función de unificación nacional y de reforzamiento de las frágiles identidades nacionales[87].

Gracias a esta operación —que, no por casualidad, se desarrolla en países como Alemania e Italia, de fuerte cultura jurídica, débil tradición liberal y reciente unificación nacional—, el paradigma hobbesiano del *Leviatán* y la metáfora antropomórfica de la soberanía estatal dejan de ser una ficción y comienzan a ser tomados en serio, dando lugar a una metafísica estatalista de cuño idealista y autoritario. Derivan de ello dos importantes consecuencias. La primera es la ya mencionada configuración de los derechos fundamentales no como límites externos, sino como «autolimitaciones» de la soberanía del Estado, que puede, por consiguiente, disponer sobre ellos[88]. La segunda es la elaboración de la conocida y curiosa doctrina organicista, aún hoy manejada en la mayor parte de los manuales de derecho público, según la cual no sólo la soberanía, sino también el pueblo y el territorio, pueden ser configurados como otros tantos «elementos» constitutivos del Estado. «El pueblo», en particular, afirma Santi Romano, «no tiene existencia jurídica si no es en el Estado»[89].

No obstante, a despecho de estas construcciones jurídicas y políticas, el desarrollo histórico del Estado de derecho como ordenamiento en el que todos los poderes están sometidos a la ley supone el final de la soberanía como *potestas legibus soluta* y *superiorem*

non recognoscens. Un residuo de absolutismo perdura aún en la construcción decimonónica del Estado liberal, precisamente en el principio positivista de la superioridad de la ley, equivalente al principio jacobino de la omnipotencia del legislador, y por tanto del parlamento como órgano de la soberanía popular. Pero este residuo desaparece con el descubrimiento, ya en nuestro siglo, de la rigidez de las Constituciones como normas superiores a las leyes ordinarias y con la consiguiente penetración en el derecho positivo de una racionalidad axiológica y sustantiva, añadida a la originaria racionalidad puramente formal y procedimental: *quod principi placuit*, o sea, que es identificable como ley según sus formas de producción, basta para determinar su existencia o vigencia, pero no garantiza su validez. Ésta requiere, además, que lo que al príncipe —aunque sea «representativo»— puede gustar o no gustar sea coherente con los principios constitucionales[90].

Se rompe entonces el postulado —positivista y a la vez «democrático»— de la omnipotencia del legislador y de la soberanía del parlamento. Con el sometimiento del propio poder legislativo de la mayoría a la ley constitucional y a los derechos fundamentales en ella establecidos, el modelo del Estado de derecho se perfecciona y se completa en el del Estado constitucional de derecho, y la soberanía interna como *potestas absoluta*, al no existir ya poderes absolutos, pues todos se encuentran sometidos al derecho, se disuelve de manera definitiva. No deja de ser cierto que las Constituciones siguen hablando de «soberanía popular». Pero se trata de un simple homenaje verbal al carácter democrático-representativo de los ordenamientos actuales. «La soberanía pertenece al pueblo», se lee en el artículo primero de la Constitución italiana; pero el pueblo la «ejerce», se añade inmediatamente después, «en las formas y dentro de los límites de la Constitución»[91]. Por eso ni siquiera el pueblo es ya soberano en el viejo sentido de *superiorem non recognoscens* o *legibus solutus*. Ni mucho menos aun las mayorías, puesto que la garantía de los derechos de todos —también frente a las mayorías— se ha convertido en rasgo característico del Estado democrático de derecho.

5. *La absolutización de la soberanía externa y la parábola del Estado-nación*. Por el contrario, el itinerario contemporáneo de la idea de soberanía interna es totalmente diferente y opuesto, tanto en la práctica de las relaciones internacionales como en la teoría, por una vez plenamente convergentes. En paralelo al desarrollo del Estado de derecho y de la democracia liberal, la soberanía externa de los

nuevos Estados nacionales, ahora plenamente secularizada y además reforzada por una nueva base popular y nacional, se independiza de cualquier vínculo iusnaturalista tanto de derivación teológica como racionalista. Es precisamente en esta época, entre la mitad del pasado siglo y la mitad del actual, cuando la soberanía externa de los Estados alcanza su expresión más incontrolada e ilimitada —primero en las guerras y las conquistas coloniales, luego en las dos guerras mundiales— manifestándose más que nunca como el equivalente internacionalista de la libertad salvaje del estado de naturaleza hobbesiano.

Entre el siglo XIX y la primera mitad del XX, tiene lugar, pues, un singular proceso político-institucional. El Estado nacional y liberal-democrático que está afianzándose en Europa, a la vez que se dota internamente de un ordenamiento complejo fundado, en primer término, en la limitación y sujeción a la ley de los poderes del soberano (bajo las formas del Estado liberal de derecho), y, luego, en la representación y la participación popular (bajo las de la democracia representativa), se libera definitivamente de cualquier clase de vínculo y rémora jurídica en las relaciones con los demás Estados. Ambos procesos son simultáneos y están paradójicamente conectados entre sí. Estado de derecho en el interior y absoluto en el exterior crecen conjuntamente como las dos caras de una misma medalla. Cuanto más se limita, y a través de esos límites se autolegitima, la soberanía interna tanto más se absolutiza y se legitima frente a los demás Estados y, en especial, frente al mundo de los «bárbaros», la soberanía externa. Cuanto más se aleja en el interior el estado de naturaleza, más se reproduce y se multiplica en el exterior. Y cuanto más se juridifica el Estado como ordenamiento, más se consolida como entidad autosuficiente, identificándose con el derecho, pero a la vez convirtiéndose en una entidad autónoma y *legibus soluta.*

Así se explica también el destino de los derechos fundamentales, al menos hasta la *Declaración universal* de 1948. En los ordenamientos internos de los Estados democráticos y liberales los viejos derechos naturales quedan consagrados y positivizados en las constituciones como «universales», convirtiéndose por tanto en base de la igualdad de todos los seres humanos. Y, sin embargo, puesto que su «universo» jurídico-positivo coincide con el del ordenamiento interno de los Estados, los derechos del «hombre» acaban identificándose de hecho con los derechos del «ciudadano». De esta forma la ciudadanía, si en el interior ofrece una base para la igualdad, en el exterior opera como privilegio y como fuente de discriminación respecto de los no-ciudadanos. La «universalidad» de los derechos hu-

manos se resuelve, por consiguiente, en una universalidad parcial y de parte: viciada por su matriz estatalista y viciada por los mecanismos de exclusión que el estatalismo genera frente a los no-ciudadanos, así como, y a un mismo tiempo, por la ausencia de garantías supraestatales de derecho internacional para los propios ciudadanos contra violaciones impunes cometidas por los mismos Estados[92].

Pero sobre todo se explica el absoluto vacío jurídico que viene a producirse en las relaciones entre Estados. La identificación positivista entre derecho y Estado, a pesar de que en el interior produce la subordinación del Estado al derecho según el paradigma del Estado de derecho, en el exterior hace inconcebible la idea del derecho internacional como derecho supra-estatal. El Estado queda configurado como un sistema jurídico cerrado y autosuficiente. El monopolio exclusivo de la fuerza así alcanzado se afirma no sólo en su interior, donde se encuentra subordinado al derecho, sino también en el exterior, donde se traduce en la libre competencia entre monopolios igualmente exclusivos, y por tanto en el dominio del más fuerte.

El hecho extraordinario es que nuestro paradigma de legitimación, después de haber quedado secularizado con la filosofía contractualista e ilustrada, vuelve a sacralizarse en el siglo XIX, aunque ahora en versión laica, por obra de la filosofía del idealismo alemán. El Estado que Hobbes había llamado metafóricamente «Dios mortal»[93] se convierte en Hegel en «Dios real»[94]. Y en el mismo instante en que se sacraliza, identificándose como lo «racional en sí y para sí»[95] y como depositario exclusivo del «interés de la comunidad»[96], se autonomiza en el escenario internacional respecto de sus bases sociales, es decir, respecto de los pueblos y de las personas de carne y hueso[97].

De ello se derivan dos clases de consecuencias. La primera es la negación del propio derecho internacional, identificado por Hegel con el «derecho político externo», es decir, con el conjunto de las normas *estatales* que disciplinan las relaciones entre Estados[98]. Se trata de la denominada «teoría monista del derecho internacional», o sea, de la inexistencia de un derecho internacional, que prevalecerá a lo largo de todo el siglo XIX hasta la afirmación, a finales de ese mismo siglo, de la «teoría dualista» de Heinrich Triepel de la coexistencia de los derechos estatales y el derecho internacional[99], frente a la que Kelsen construirá una nueva «teoría monista» de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al estatal.

La segunda consecuencia es el espíritu de potencia y la vocación expansionista y destructiva que anima semejante paradigma de la soberanía estatal. Se desprenden de él los terribles corolarios de la

exaltación de la guerra, concebida por Hegel como «momento ético», es decir, «el momento en que la idealidad de lo particular adquiere su derecho y deviene realidad», y a la vez como «medio» a través del cual «la salud ética de los pueblos es mantenida»[100]; la recuperación, en clave idealista y eticista del viejo principio de la «razón de Estado» como razón de potencia, alimentado por el desarrollo en Europa de los diversos nacionalismos agresivos y expansionistas[101]; y, finalmente, el desprecio de los pueblos «primitivos» o «naturales» del resto del mundo, que aún no han alcanzado la madurez del Estado y que están destinados —siguen siendo palabras de Hegel— a «desaparecer tan pronto como el espíritu», encarnado por los Estados europeos, «se acercara a ellos»[102]. Primero por la vía de la colonización, después por medio de la exportación al planeta entero de la idea de Estado y de nación, y finalmente por la creación de Estados y naciones dependientes, el principio de la soberanía estatal ilimitada se extiende a escala mundial, sometiendo y homologando pueblos y culturas.

III. LA CRISIS ACTUAL DE LA SOBERANÍA

6. *El nacimiento de la ONU y la antinomia del nuevo derecho internacional.* El paradigma de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y a la vez el momento de su trágico fracaso en la primera mitad de nuestro siglo con la nueva guerra europea de los treinta años (1914-1945), en la que se incluyen las dos guerras mundiales, y que le llevan, por así decir, al suicidio. Este final quedó sancionado en el ámbito del derecho internacional por la *Carta* de la ONU, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y luego por la *Declaración Universal de derechos del hombre* aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Estos dos documentos transforman por lo menos en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, trayéndolo desde el estado de naturaleza al estado civil. Por ellos la soberanía externa del Estado —en principio— deja de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos. Es entonces cuando el propio concepto de soberanía externa comienza a ser lógicamente inconsistente y puede hablarse, siguiendo la doctrina monista de Kelsen[103], de derecho internacional y de los diferentes derechos estatales como un ordenamiento único. Por una parte, en efecto, la prohibición de la guerra sancionada en el preámbulo y en

los dos primeros artículos de la *Carta* de la ONU suprime el *ius ad bellum* que desde Vitoria en adelante había sido el principal atributo de la soberanía externa y representa la norma constitutiva de la juridicidad del nuevo ordenamiento internacional. Por otra parte, la consagración de los derechos humanos a través de la *Declaración* de 1948 y más tarde a través de los Pactos internacionales de 1966 hace que estos derechos sean no sólo constitucionales, sino también supraestatales, y se conviertan en límites no sólo internos, sino también externos a la potestad de los Estados.

La *Carta* de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma —el modelo de Westfalia— difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un auténtico pacto social internacional —histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica— por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema *pacticio*, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico *ordenamiento jurídico* supraestatal: ya no un simple *pactum associationis,* sino además un *pactum subiectionis*. También porque la comunidad internacional, que hasta la Primera Guerra Mundial se había identificado con la comunidad de las «naciones cristianas» o «civilizadas» —Europa y América—, se extiende por vez primera a todo el mundo como orden jurídico mundial.

Llegados a este punto —entramos así en la tercera de mis hipótesis de trabajo—, caen todos los presupuestos y todos los caracteres de la soberanía, tanto interna como externa. La soberanía, que había quedado vacía de contenido hasta disolverse en su dimensión interna con el desarrollo del Estado constitucional de derecho, decae también en su dimensión externa en presencia de un sistema de normas internacionales que pueden ser caracterizadas como *ius cogens*, es decir, como derecho inmediatamente vinculante para los Estados miembros. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos: los primeros, en cuanto titulares frente a sus propios Estados de los derechos humanos que les confieren la *Declaración* de 1948 y los Pactos de 1966; los segundos, en cuanto titulares del derecho de autodeterminación reconocido por el artículo 1 de esos mismos Pactos[104]. Para medir la relevancia teórica de la transformación que ha tenido lugar será suficiente observar hasta qué punto habría sido impensable, antes de la *Carta* de la ONU, el recurso de un ciudadano contra su propio Estado ante una

jurisdicción internacional[105]; al igual que hasta el siglo pasado, antes de la creación de una justicia administrativa, habría sido inconcebible el recurso de un ciudadano contra el Estado ante la jurisdicción estatal.

Y sin embargo la parábola de la soberanía está aún lejos de haber concluido. También la Organización de Naciones Unidas, a pesar de su inspiración y de su vocación universalista, sigue estando condicionada no sólo en el plano de los hechos sino también en el plano jurídico, por el principio de la soberanía de los Estados. «La Organización —se lee en el primer apartado del artículo 2 de la *Carta*— está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros»; y este principio, precisa el apartado 7 de ese mismo artículo, implica la prohibición de injerencia de la Organización en las cuestiones internas de cada Estado. Téngase en cuenta además que la ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de derecho internacional pacticio, no ha puesto al día aún sus categorías y padece cierta inseguridad sobre sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica que la lleva a devaluar la nueva dimensión normativa del derecho internacional y a identificarla con la efectividad de las relaciones de fuerza entre Estados.

Vuelve a aparecer entonces la contradicción originaria, latente ya en la doctrina de Vitoria, entre la *communitas orbis* y la (igual) soberanía entre Estados. El principio de la paz, que todavía sigue estando confiado al dominio soberano de las grandes potencias y, tras la caída de la Unión Soviética, de la única potencia norteamericana, está sufriendo violaciones continuas —considérense tan sólo las guerras del Golfo y de la ex-Yugoslavia—. Y el sistema de los derechos fundamentales se mantiene en la práctica tan sólo sobre el papel, no habiéndose introducido aún un adecuado sistema de garantías jurisdiccionales. Ciertamente, desde el punto de vista jurídico, a pesar del artículo 2 de la *Carta* de la ONU, el principio de la paz es un principio imperativo, que convierte la «soberanía» de los Estados, si queremos seguir empleando esta palabra en virtud del texto de la norma, en una soberanía limitada; y los derechos fundamentales, después de la *Declaración* de 1948 y de los Pactos de 1966, no deben ser incluidos ya entre aquellas competencias que el artículo 2, apartado 7, denomina «asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados», sino que se han convertido en derechos supraestatales, cuya tutela debería quedar garantizada jurisdiccionalmente en el ámbito internacional frente a los Estados mismos. Pero esto quiere decir que sus violaciones pueden ser hoy interpretadas como el fruto de una *antinomia* no resuelta del viejo

principio vitoriano de la igual soberanía de los Estados, no ya con el derecho natural, sino con los principios positivos del nuevo derecho internacional; al mismo tiempo, la ausencia de garantías adecuadas contra dichas violaciones por parte de los Estados puede ser interpretada a su vez como una indebida *laguna* que debe ser colmada. Quiere decir, en otras palabras, que el ordenamiento internacional actual es ineficaz por el hecho de que sus órganos no son ya un «tercero ausente»[106], sino un «tercero impotente».

Al menos desde la perspectiva de la teoría del derecho la soberanía se ha revelado como un pseudo-concepto o, peor aun, como una categoría anti-jurídica. Tanto en su dimensión interna como en la externa su crisis, podemos afirmar ya, se origina en el momento en que entra en contacto con el derecho, pues ella misma es la negación del derecho, al igual que el derecho es su negación. Y es que la soberanía es ausencia de límites y de reglas, es decir, lo contrario de lo que caracteriza el derecho. De modo que la historia jurídica de la soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos —derecho y soberanía— lógicamente incompatibles e históricamente enfrentados entre sí.

Esta antinomia, como se ha dicho, ha quedado resuelta en el nivel del derecho interno con el nacimiento del Estado constitucional de derecho: en virtud del cual el derecho se regula a sí mismo, imponiendo a su producción vínculos que no son ya solamente formales, o sea, relativos a sus formas, sino también sustanciales, es decir, relativos a sus contenidos, condicionando, no solamente mediante normas sobre procedimientos, el vigor de las normas producidas, sino también, mediante normas sobre los derechos fundamentales, su validez sustantiva. En el Estado de derecho no existe por tanto ningún soberano, a menos que entendamos como «soberana», con un puro artificio retórico, la Constitución misma, es decir el sistema de límites y vínculos jurídicos impuestos a unos poderes públicos que ya no son soberanos[107]. No es casualidad, por lo demás, que el último gran defensor de la soberanía haya sido Carl Schmitt, quien, en polémica con Kelsen, consideraba que la soberanía tenía como fundamento una categoría tan incompatible con la lógica del Estado de derecho como el «estado de excepción»[108].

Hoy la misma antinomia se reproduce —y es que de hecho aún no ha sido resuelta, por la existencia de lagunas en las garantías contra actos ilícitos de los Estados que violan la paz y los derechos fundamentales— en el ámbito del derecho internacional. Y se expresa no sólo en el terreno jurídico, sino también en el político. Tras la descolonización promovida por Naciones Unidas el paradigma

del Estado soberano se ha extendido al mundo entero. No obstante, el viejo principio vitoriano de la igual soberanía de los Estados, refrendado por el artículo 2 de la *Carta*, se encuentra hoy más que nunca desmentido por su desigualdad concreta, fruto inevitable de la ley del más fuerte, y por tanto también por la existencia de soberanías limitadas, disminuidas, dependientes, endeudadas, diferenciadas. Hablar de «Estados soberanos» no resulta aceptable ya en el campo de la teoría del derecho, pero tampoco resulta posible en el de la teoría política. En realidad, lo que ha entrado en una crisis irreversible, mucho antes aun que el atributo de la soberanía, es precisamente su objeto: el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función deben ser revisadas a la luz de sus actuales transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones internacionales.

7. *El derecho internacional tomado en serio y la crisis del Estado nacional.* Reconsiderar el Estado en sus relaciones exteriores a la luz del derecho internacional actual es lo mismo que pensar el Estado en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional. Significa interpretar la conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas y en las relaciones con sus ciudadanos —guerras, masacres, torturas, ataques a la libertad, amenazas al medio ambiente, condiciones de miseria y de hambre en que viven un amplísimo número de personas— no como males naturales, y tampoco como simples «injusticias» respecto de un utópico deber ser moral o político, sino como otras tantas violaciones jurídicas respecto del deber ser del derecho internacional vigente, tal como hoy ha sido proclamado ya en sus principios fundamentales. Significa, en una palabra, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, «tomar en serio» el derecho internacional y, por tanto, aceptar que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece una perspectiva alternativa frente a lo que de hecho ocurre; hacerlos valer como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegimación de lo existente; proyectar, en fin, las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas necesarias para su realización.

No es una perspectiva irreal. Se trata, por el contrario, de una perspectiva obligada. Vivimos hoy —y todos somos conscientes de ello— una crisis histórica no menos radical que la conocida hace cuatro siglos, en el momento en que en Europa nació el Estado moderno y la comunidad internacional de Estados soberanos. La potencia destructiva de las armas nucleares, las agresiones cada vez más catastróficas contra el ambiente, el acentuarse de las desigual-

dades y la miseria, la explosión de conflictos étnicos y entre nacionalidades diversas en el interior de los propios Estados, hacen que el equilibrio internacional sea cada vez más precario y más difícil la conservación de la paz. Por otra parte, la caída de la división en bloques y la creciente interdependencia económica, política, ecológica y cultural han hecho que el mundo realmente se convierta, a pesar de su complejidad creciente y de sus innumerables conflictos y desequilibrios, en una aldea global. Hoy, gracias a la rapidez de las comunicaciones, ningún hecho que ocurre en el mundo nos resulta ajeno y ninguna parte del mundo resulta extraña.

Es precisamente la suma de todos estos factores lo que hace más urgente, y a la vez más posible que en cualquier otro momento pasado, la hipótesis de una integración mundial basada en el derecho. La soberanía exterior del Estado ha tenido siempre como principal justificación la necesidad de la defensa frente a los enemigos externos. Hoy, con el fin del enfrentamiento entre bloques, esta necesidad ha desaparecido y la intensificación de la interdependencia y, junto con ello, de las promesas no mantenidas del derecho internacional, todas inscritas en aquel pacto constituyente que es la *Carta* de la ONU —la paz, la igualdad, el desarrollo, los derechos universales de los hombres y de los pueblos— están produciendo una crisis de legitimación del sistema de soberanías desiguales y de relaciones cada vez más asimétricas entre países ricos y países pobres en que ha caído la comunidad internacional: un sistema que no podrá ser tolerado, a largo plazo, por los propios ordenamientos políticos de los países avanzados, que fundan su identidad y su legitimidad democrática precisamente en aquellas promesas y en su universalidad. Esta crisis de legitimación afecta hoy a los fundamentos de lo que en la historia moderna ha sido el núcleo de la política y, a la vez, el principal obstáculo para la hipótesis esbozada primero por Francisco de Vitoria, luego por Immanuel Kant y finalmente por Hans Kelsen, de una comunidad mundial sometida al derecho: la figura misma del Estado soberano, o sea, *legibus solutus*, que después de haber informado durante toda la edad moderna las relaciones entre las naciones europeas, ha sido exportada en el presente siglo al mundo entero en su obra de «civilización».

El Estado nacional como sujeto soberano se encuentra hoy en crisis tanto por arriba como por abajo. Por arriba, a causa de la abundante transferencia hacia instancias supra-estatales o extraestatales (la Unión Europea, la OTAN, la ONU y tantas otras organizaciones internacionales en materia financiera, monetaria, asistencial, y similares) de gran parte de aquellas funciones, como la defensa, la direc-

ción de la economía, la política monetaria, la lucha contra la gran criminalidad, que en el pasado habían originado su nacimiento y desarrollo. Por abajo, por las tensiones centrífugas y los procesos de disgregación que se han puesto en marcha, en formas a menudo violentas, y por el propio desarrollo de la comunicación internacional que hacen cada vez más difíciles y precarias las otras dos funciones históricamente desarrolladas por el Estado: la de unificación nacional y la de pacificación interna.

Paradójicamente, han sido la rapidez y la multiplicidad de las comunicaciones lo que ha acentuado la exigencia de identidad de los pueblos, de las etnias, de las minorías y, al mismo tiempo, el valor asociado a las diferencias, poniendo en marcha conflictos étnicos disgregadores dentro de las fronteras de los Estados, y procesos inversos de integración nacional más allá de sus fronteras. Se va manifestando así el carácter efectivamente artificial y ficticio de los Estados, a menudo creados desde arriba, como muchos entre los más recientes, y siempre orientados, en todo caso, a la consolidación de las identidades de los pueblos con la aspiración de someterlos a una unidad forzosa, y negando sus diferencias y sus identidades comunes.

Una pretensión semejante está llegando a ser cada vez más insostenible y representa una fuente no secundaria de conflictos. De hecho, no es arriesgado achacar precisamente a la división entre Estados soberanos y a la arbitrariedad de sus fronteras una de las causas más llamativas no sólo de los conflictos interestatales, sino también de los cada vez más frecuentes conflictos intraestatales, generados por factores étnicos y religiosos: recuérdese la guerra que ha castigado durante décadas el Medio Oriente, la guerra en la ex Yugoslavia, las guerras en Somalia y en Ruanda. Las ideas de «nación» y de «nacionalidad», al igual que la de Estado, son también una invención occidental: nacidas con la Revolución francesa, han ofrecido a lo largo del pasado siglo una base «natural» a los Estados europeos para legitimar su soberanía como «nacional» y/o «popular». Hoy, estas mismas ideas se están volviendo en contra de los Estados. Concebidos y legitimados como instrumentos de pacificación interna y de unificación nacional, los Estados se han convertido en las mayores amenazas para la paz exterior, así como en fuentes de peligro para la paz interna, y en factor permanente de disgregación y de conflicto.

Pero existe una razón más, igualmente relevante, por la cual hoy el paradigma del viejo Estado soberano ha pasado a ser inadecuado y ha quedado obsoleto. El Estado es ya demasiado grande para las

cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes. Es demasiado grande para la mayoría de sus actuales funciones administrativas que exigen, incluso en aquellos casos en que no se producen tensiones disgregadoras o separatistas, formas de autonomía o de organización federal que se enfrenten a los viejos modelos centralistas. Y, sobre todo, es demasiado pequeño para las funciones de gobierno y de tutela que son imprescindibles ante los procesos de internacionalización de la economía y ante las siempre más tupidas redes de interdependencia que condicionan de forma ya irreversible la vida de todos los pueblos del mundo.

Ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional: no sólo la paz, sino también la igualdad, la tutela de los derechos de libertad y a la subsistencia, la protección frente a la criminalidad, la defensa del ambiente como patrimonio de la humanidad, incluyendo en ella a las generaciones futuras. Y esto no depende sólo de las dimensiones globales de dichos problemas, al haberse producido ya una integración mundial en todas las dimensiones y en todas aquellas esferas de la vida en que se sitúan: la economía, la producción, el aprovechamiento y uso de recursos, los equilibrios ecológicos, la gran criminalidad organizada, el sistema de comunicaciones. Depende además del hecho de que en el mundo contemporáneo «vivir» ya no es —o lo es cada vez en menor medida— un hecho puramente natural, confiado a la capacidad natural de trabajo y de supervivencia de cada individuo aislado o incluso de cada comunidad política, puesto que son cada vez menos naturales y más artificiales y hetero-determinadas las condiciones económicas, ambientales, tecnológicas, políticas y culturales del mundo en que vivimos.

Naturalmente, esta crisis del Estado es una crisis histórica que tendrá desarrollos imprevisibles. Creo, sin embargo, que corresponde a la cultura jurídica y política utilizar esta «razón artificial» que es el derecho, y que ya en el pasado ha modelado el Estado en sus relaciones internas, para orientar las formas y los itinerarios: itinerarios que pasan, evidentemente, por la superación de la forma misma del Estado nacional y la refundación del derecho internacional no ya sobre la soberanía de los Estados sino sobre la autonomía de los pueblos. Sólo desvinculando esta autonomía de la rigidez monista del viejo paradigma estatal —basado en la identificación entre Estados, pueblos y naciones— el derecho de autodeterminación de los pueblos podrá realizarse en formas pacíficas, no recíprocamente

excluyentes, y a la par auténticas y democráticas. El paradigma, en todo caso, no puede ser sino el de un Estado constitucional de derecho como el que nos ha transmitido la experiencia de las democracias modernas: es decir, el modelo de la sujeción a la ley de los organismos de la ONU, de su reforma en sentido democrático y representativo, y finalmente de la instauración de garantías idóneas para hacer efectivo el principio de la paz y de los derechos fundamentales, tanto de los individuos como de los pueblos, en relación con los Estados.

8. *Por un constitucionalismo de derecho internacional.* Es cierto, en cualquier caso, que este paradigma ha nacido y hasta hoy ha permanecido vinculado a la forma constitucional del Estado-nación. Pero el nexo entre Estado, constitución y garantías de los derechos fundamentales es totalmente contingente, y no el reflejo de ninguna necesidad de tipo teórico. Por el contrario, el modelo garantista del Estado constitucional de derecho como sistema jerarquizado de normas que condiciona la validez de las normas inferiores por la coherencia con normas superiores, y con principios axiológicos establecidas en ellas, tiene valor para cualquier clase de ordenamiento. Así pues, la crisis de los Estados puede ser superada en sentido progresivo tan sólo admitiendo su decadencia cada vez mayor y reconduciendo (también) en el ámbito internacional los aspectos tradicionalmente estatales del constitucionalismo: no sólo en la enunciación de principios, tal como ya ha sucedido con la *Carta* de la ONU y con las Declaraciones y las Convenciones sobre derechos, sino también en sus concretas garantías.

En esta perspectiva, por una ironía de la historia, adquieren una actualidad singular muchas indicaciones de Francisco de Vitoria que he indicado al comienzo que hoy pueden ser descargadas de su dimensión utópica, así como de su originario carácter asimétrico, y que pueden quedar conectadas con garantías efectivas de derecho positivo.

La primera indicación es la hipótesis del *totus orbis* —de la humanidad como punto de referencia unificador en lugar de los viejos Estados[109]— que hoy puede realizarse a través de la elaboración de un *constitucionalismo mundial* capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías jurídicas cuya ausencia genera inefectividad. Si se desea que esas cartas sean tomadas en serio como normas y no como declaraciones retóricas, es necesario que esta ausencia de garantías sea reconocida por la cultura política y jurídica

como una *laguna* que debe ser resuelta obligatoriamente por la ONU, y por tanto por los Estados que a ella se adhieren. No pienso en absoluto en un improbable y no deseable gobierno mundial. Sino, de forma mucho más simple, en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior, avanzada por Kelsen hace exactamente cincuenta años en su libro *La paz por medio del derecho*[110].

Ello supone, en concreto, una reforma de la actual jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, hoy escasamente relevante. Serían suficientes cuatro innovaciones decisivas en su estatuto actual: 1) la extensión de su competencia, actualmente limitada a las controversias entre Estados, hasta los juicios de responsabilidad en materia de guerras, amenazas a la paz y violaciones de los derechos fundamentales; 2) la afirmación del carácter obligatorio de su jurisdicción hoy subordinada, según el esquema de los procedimientos arbitrales, al reconocimiento previo por parte de los Estados; 3) el reconocimiento de la legitimación ante la Corte, hoy limitada exclusivamente a los Estados, también a los particulares, que son en definitiva los titulares de los derechos fundamentales violados, o cuando menos a los cientos de organizaciones no gubernamentales instituidas para la tutela de los derechos humanos; 4) la introducción, por último, siguiendo el ejemplo del Tribunal sobre la ex Yugoslavia instituido (lamentablemente de forma excepcional) por la resolución 808 del Consejo de Seguridad de 22 de febrero de 1993, de la responsabilidad personal de los gobernantes por crímenes contra el derecho internacional —guerras, lesiones irreversibles contra el medio ambiente y en general todas aquellas agresiones contra los derechos humanos no punibles en el interior de los Estados porque generalmente cometidas por los Estados mismos— que deberían quedar de una vez por todas codificadas en un código penal internacional[111].

La segunda indicación es la prohibición de aquellas guerras que Vitoria consideraba «perjudiciales para la humanidad entera», como son ya —por dimensiones y potencia destructiva— todas las guerras actuales: «cum una Respublica sit pars totius orbis [...], si bellum utile sit uni Provinciae aut Reipublicae cum damno orbis, aut Christianitatis, puto eo ipso bellum esse iniustum»[112]. También este principio, como enseña la experiencia, está destinado a permanecer sobre el papel hasta que no sea acompañado por adecuadas garantías de tipo preventivo: no sólo la creación de una fuerza armada de

policía internacional como la prevista por el título VII de la *Carta* de la ONU y la atribución a la Corte Internacional de Justicia de la competencia para resolver y desactivar conflictos, sino también convenciones y resoluciones dirigidas a obtener el desarme incluso gradual de los Estados miembros, para poner fuera de comercio las armas como *bienes ilícitos,* al igual que, por ejemplo, las sustancias estupefacientes, y por tanto a prohibir de forma estricta su producción, posesión y comercio. La paz se alcanzará no sólo y no tanto armando a la ONU, cuanto sobre todo desarmando a los Estados: cuando menos porque las fuerzas de que disponen actualmente los Estados bastan por sí solas para destruir muchas veces el planeta, y ninguna fuerza supranacional es por sí sola suficiente para domarlas; está claro por otra parte que cualquier posible fuerza supranacional deberá ser tanto menor cuanto menores sean los armamentos de que dispongan los Estados.

La tercera indicación hace referencia a los derechos de los pueblos que Vitoria atribuyó a los conquistadores y que hoy Occidente —después de haberlos utilizados contra tantos pueblos inermes invadidos y saqueados— tendría el deber de reconocer, casi en concepto de indemnización, a todos los pueblos del mundo: el *ius societatis et communicationis*, el *ius peregrinandi* a nuestras *provincias et illic degendi*, el *ius migrandi* a nuestros ricos países y el derecho de adquirir ciudadanía en virtud del sencillo título proclamado por Vitoria de que todos somos personas, «ergo videtur quod amicitia inter homines sit de iure naturali, et contra naturam est vitare consortium hominum innoxiorum»[113]. Aquellos derechos fueron los primeros en ser proclamados como «universales», ofreciendo al iusnaturalismo y al constitucionalismo después el paradigma universalista de los derechos fundamentales reconocidos (a excepción de los derechos políticos) a todos los seres humanos y no sólo a los ciudadanos en la *Declaración* del 1789 y en todas las constituciones posteriores. En aquel tiempo, cuando estos derechos fueron prometidos a todos, no tenían coste alguno para nuestros países, puesto que era impensable que hombres y mujeres del Tercer Mundo llegasen hasta Europa y exigieran que fueran tomados en serio en nombre del principio de reciprocidad. Pero hoy, después de haber sido precisamente Europa quien invadió durante siglos el resto del mundo con sus conquistas y con sus promesas, no podemos realizar una operación inversa —transformando los derechos del hombre en derechos de los ciudadanos— sin abdicar del universalismo de los principios en que se funda la credibilidad de nuestras democracias. Tomar en serio aquellos valores, los derechos humanos pro-

clamados en las cartas constitucionales, significa, por consiguiente, tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía, es decir, del último privilegio de *status* que subsiste en el derecho moderno. Y esto significa reconocer su carácter supraestatal, garantizarlos no sólo dentro sino también fuera y contra todos los Estados, y así poner fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la mayoría del género humano[114].

Hay finalmente una última lección que, según creo, debemos tomar de Vitoria, así como de los demás clásicos del iusnaturalismo: la dimensión normativa de la ciencia jurídica, y en particular de la internacionalista, ligada al carácter positivo y «artificial» del derecho moderno. El derecho moderno no tiene nada de «natural». Se presenta tal como va configurándose a través de diversas relaciones de poder. Pero se presenta también, de forma más general, como lo quieren y lo construyen los hombres, con sus reivindicaciones y sus luchas y también con el trabajo de los filósofos y los juristas. Para bien y para mal el Estado moderno, junto con ese complejo sistema de garantías que, a pesar de sus limitaciones es el Estado democrático de derecho, ha sido el producto de la filosofía política y de la cultura jurídica. Y, por tanto, el «cómo es» y el «cómo será» del derecho —también del derecho internacional— depende en parte de lo que nosotros, en cuanto filósofos o juristas, hacemos.

Ciertamente no hay ninguna razón, a corto plazo, para ser optimistas. Entre otras cosas porque las tendencias de la actual política interna e internacional van en una dirección totalmente opuesta: obsérvese, por ejemplo en Italia, la aparición de culturas políticas dirigidas a la devaluación de las reglas y los contrapesos constitucionales en nombre del poder absoluto de la mayoría; la desautorización del papel de la ONU en las recientes crisis internacionales por iniciativa de los Estados más fuertes; el nuevo espacio que han ocupado, después del final de la división entre bloques, las políticas de potencia y el bloqueo cada vez más rígido de las fronteras. Y, sin embargo, en mi opinión, debemos rechazar las actitudes excesivamente escépticas y resignadas que comparten junto con los defensores del orden desigualitario existente la misma falacia realista que en derecho internacional adopta el nombre de «principio de efectividad» y que se remonta, como he recordado, a Alberico Gentili y a Hugo Grocio. Contra esta falacia que equipara el derecho y el hecho debemos recuperar la dimensión normativa y axiológica de la ciencia jurídica internacional que estaba presente en Vitoria y en Kant. En un doble sentido: rehabilitando su función creativa y al mismo tiempo «tomando en serio» el derecho: reconociendo que el

derecho es como lo hacen los hombres y, por tanto, como nosotros lo construimos, comenzando por nosotros mismos, los juristas, que somos en buena medida responsables de él, y al mismo tiempo que el derecho mismo es un sistema normativo, de manera que los posicionamientos y comportamientos efectivos de los Estados que se hallen en contradicción con él no suponen «desmentidos» a su existencia, como a menudo lamentan juristas y politólogos realistas, sino más bien «violaciones» cuya ilegitimidad debe ser obligatoriamente denunciada.

Desde siempre, por lo demás, la filosofía política y la cultura jurídica han desempeñado un papel decisivo en la construcción de las instituciones jurídicas y políticas. Hoy este papel se encuentra inscrito, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, en el código epistemológico impuesto a la ciencia jurídica por la nueva estructura asumida por el derecho, no sólo constitucional sino también internacional. El conflicto entre ser y deber ser del derecho, entre normatividad axiológica y efectividad concreta, entre justicia y derecho, entre idealismo y realismo, entre racionalidad sustancial y racionalidad formal, que hasta el momento ha gravado la cultura jurídica internacionalista, se ha desplazando en realidad, a través de las cartas internacionales de derechos, al cuerpo mismo del derecho internacional positivo. Se ha transformado en una antinomia jurídica entre normas positivas, recorriendo nuevamente el proceso de formación que había dado lugar, a través de la constitucionalización de los derechos naturales, al Estado constitucional de derecho y a nuestras democracias.

En otras palabras, gracias a esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo disponemos ya de una embrionaria constitución mundial. Los valores incorporados a ella —la prohibición de la guerra y los derechos de los hombres y de los pueblos—, al no ser ya externos al ordenamiento y al haberse convertido en normas jurídicas supraordenadas a todas las demás, no son formas de deslegitimación ideológica sino fuentes de deslegitimación jurídica. La validez de las normas, por consiguiente, no es ya —según la tesis que partiendo desde Hobbes había llegado, a través de Bentham y Austin, hasta Kelsen y Bobbio— un atributo puramente formal dependiente tan sólo de sus formas de producción. Ha pasado a ser al mismo tiempo un elemento sustantivo que condiciona los contenidos de las decisiones, que resultarán inválidas en aquellos casos en que entren en conflicto con los nuevos principios positivos de derecho internacional. Hasta el punto de que es posible afirmar que hoy el positivismo constitucional desem-

peña respecto al derecho vigente esa misma función crítica y normativa que, en el pasado, había correspondido al iusnaturalismo.

Este constitucionalismo mundial es, por tanto, el horizonte axiológico que hoy se impone a los juristas en su trabajo. Para la doctrina internacionalista esto supone liberarse de la falacia realista de la reducción del derecho al hecho, que sigue pesando aún sobre ella bajo la forma del «principio de efectividad», y asumir como tarea científica y no sólo política la crítica jurídica de las dimensiones de invalidez y falta de plenitud del derecho vigente y la formulación de las garantías del derecho futuro. Añado que esta tarea es hoy más urgente e ineludible que nunca, pues la verdadera alternativa a la que nos enfrentamos no se da entre realismo y utopía normativista, sino entre realismo a corto plazo y realismo a largo plazo. En efecto, si una verdadera universalización de los derechos fundamentales como la que traería, por ejemplo, la apertura de nuestras fronteras puede parecer hoy en día irreal, mucho más ilusoria e irreal es la idea de que su violación en cuatro quintas partes del planeta pueda coexistir durante mucho más tiempo con esa utopía conservadora que es el cierre de la «fortaleza Europa» sin poner en peligro, como advierte incluso el Preámbulo de la *Declaración* de 1948, la paz y nuestra propia seguridad.

Es difícil prever si la progresiva extensión de los derechos fundamentales y de sus garantías a la totalidad del género humano llegará a tiempo para prevenir y desactivar los violentos conflictos que su violación produce tanto fuera como dentro de nuestros ricos países; si, en otras palabras, la presión de quienes se encuentran excluidos de los privilegios de nuestro mundo alcanzará formas de violencia explosiva —guerras, criminalidad endémica, terrorismo— o por el contrario nos obligará, poco importa si por idealismo o por realismo, a atajar de una vez por todas sus causas: anulando la deuda externa de los países pobres, poniendo en marcha una efectiva política de desarrollo, ampliando gradualmente el derecho de asilo hasta anularlo junto con el privilegio de la ciudadanía, poniendo siempre en discusión nuestro tenor de vida y nuestra visión eurocéntrica del mundo. Es seguro, no obstante, que con esta apuesta está en juego el futuro de la humanidad. Más allá de sus diferentes actitudes personales —optimistas o pesimistas, realistas o idealistas—, los juristas deben asumir la responsabilidad que corresponde a su oficio. Y si es cierto que a corto plazo no podemos hacernos ilusiones, también lo es que los derechos no caen del cielo, y que un sistema de garantías efectivas no se construye *a priori*, ni en pocos años y ni tan siquiera en pocas décadas. Así fue en el caso del Estado de derecho y

en el de nuestras aún frágiles democracias, implantadas por medio de largas batallas ideales y de luchas sangrientas. No sería razonable pensar que éste no será el caso del derecho internacional, y tampoco lo sería dejar de comprometernos con el papel que nos corresponde.

NOTAS

1. En la extensa bibliografía sobre los orígenes de la idea de soberanía, me limito a recordar: E. Crosa, *Il principio della sovranità popolare dal medioevo alla rivoluzione francese*, Flli. Bocca, Milano, 1915; M. Galizia, *La teoria della sovranità dal medioevo alla rivoluzione francese*, Giuffrè, Milano, 1951; F. Calasso, «Origine della formula *Rex in regno suo est imperator*»: *Rivista di Storia del Diritto Italiano* III (1930), pp. 215-259; Id., *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Giuffrè, Milano, 31957, que incluye en apéndice el *Proemio* del glosador Marino da Caramanico al *Liber constitutionum* de Federico II; B. de Jouvenel, *La sovranità*, trad. italiana de E. Sciacca, Giuffrè, Milano, 1973 (*La soberanía*, trad. española de L. Bonavides, Rialp, Madrid, 1957); G. Chiarelli, «Sovranità», en *Novissimo Digesto Italiano* XVII, Utet, Torino, 1970, p. 1043; E. Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Bulzoni, Roma, 1966; Id., «Sovranità (Storia)», en *Enciclopedia del diritto* XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 206; M. S. Giannini, «Sovranità (Diritto vigente)», *ibid.*, p. 225. La palabra «soberanía» —derivada de la palabra *superior*, en la fórmula *superiorem non recognoscens* (transformada primero en la forma vulgar *superanus*, más tarde en el francés *souverain* y el el italiano *sovrano*)— aparece ya en el siglo XIII en los *Livres des coutumes et des usages de Beauvoisis* del jurista francés Beaumanoir: «chascuns barons est souverain en sa baronie»; «le rois est souverains par dessus de tous» (la cita se encuentra en R. W. y A. J. Carlyle, *Il pensiero politico medioevale* II [1903-1936], trad. italiana de S. Cotta, Laterza, Bari, 1959, p. 100). A la misma época se remonta la conocida fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, cuyos orígenes han sido identificados por Calasso en el *Proemio*, anteriormente citado, de Marino da Caramanico, escrito entre los años setenta y ochenta del siglo XIII.

2. H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* [1920], trad. italiana de A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989, p. 469.

3. Véase J. Brown Scott, *El origen español del derecho internacional*, Cuesta, Valladolid, 1928. Ello no excluye, naturalmente, la posibilidad de encontrar algunas anticipaciones de la idea de soberanía externa ya desde la Edad Media (cf. M. Galizia, *op. cit.*, pp. 102-123). James Brown Scott recuerda que la fundación del derecho internacional por obra de Vitoria, y no tanto de Hugo Grocio o de Alberico Gentili, había sido sostenida ya un siglo antes por el filósofo escocés James Mackintosh, y unos años antes, en una serie de lecciones pronunciadas en Nueva York en 1925, por el holandés C. van Vollenhoven. Acerca de esta «bataille des fondateurs», cf. P. Haggenmacher, «La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international», en *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Actas de las Jornadas de Estudio organizadas en Lovaina, el 5 de diciembre de 1986, Bruylant, Bruxelles, 1988, pp. 27-36. La hipótesis del origen del derecho internacional moderno en las reflexiones de Vitoria sobre la conquista de América ha sido retomada recientemente por Francois Riguax, «Préface» a *Actualité*, cit.

4. Los argumentos con que inicialmente España intenta legitimar la conquista

son sobre todo de carácter religioso. Recuérdense los doctos debates que tuvieron lugar en Salamanca, Valladolid y Madrid sobre la «justicia» o la «injusticia» de la guerra de conquista y, en particular, las disputas entre Bartolomé de Las Casas y los «encomenderos»: en 1542 ante el Consejo de Indias, y en presencia de Carlos V; en 1547 con las treinta propuestas dirigidas a destruir el fundamento jurídico de la conquista y a denunciar las innumerables violaciones de los preceptos cristianos a manos de españoles; en 1550 en ocasión de la disputa con Juan Ginés de Sepúlveda. Este último fue el máximo defensor de las razones de la conquista, que habrían consistido esencialmente en la necesidad de convertir al cristianismo los nuevos pueblos que son «bárbaros en sus costumbres y la mayor parte por naturaleza sin letras ni prudencia y contaminados con muchos vicios bárbaros» (*Apologia pro libro de iustis belli causis*, ed. y trad. española de Ángel Losada, en J. G. de Sepúlveda y B. de Las Casas, *Apología*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 61: «Son llamados, pues, simplemente bárbaros —explica Sepúlveda— los que están faltos de razón [...] Tales gentes, por Derecho Natural, deben obedecer a las personas más humanas, más prudentes y más excelentes para ser gobernadas con mejores costumbre e instituciones; si, *previa la admonición,* rechazan tal autoridad, pueden ser obligadas a aceptarla por las armas; una tal guerra será justa por Derecho Natural, según enseña Aristóteles y Santo Tomás» (*ibid.*). Véanse asimismo, de Sepúlveda, los fragmentos recogidos en las notas 10 y 37, y su obra principal *Democrates secundus seu de iustis belli causis*, redactada en polémica con Bartolomé de Las Casas. Sobre el proyecto cristiano de la conquista como apropiación al mismo tiempo material y espiritual del nuevo mundo, a través de la demonización de las religiones indígenas, la conversión forzosa y la afirmación de la inferioridad de los indios destinados a obedecer y a servir, cf. S. Zavala, *Las instituciones jurídicas de la conquista de América Latina* [1935], Porrúa, México, ²1971; Id., *Filosofía de la conquista*, FCE, México, 31984. Véase además el bello libro de T. Todorov, *La conquista de América: el problema del otro* [1982], trad. castellana de F. Botton Burlá, Siglo XXI, Madrid, 1987, p. 144, que recuerda cómo en el espacio de medio siglo casi el 90% de los indios fue exterminado: de 80 millones en el momento del «descubrimiento» —una quinta parte de la población mundial de la época—, los indígenas quedaron reducidos a 10 millones a mediados del siglo XVI; en México el genocidio alcanzó al 95% de los indígenas, que de 25 millones antes de la conquista quedaron reducidos a un millón hacia el año 1600.

5. Sobre el papel de Vitoria en la fundación del derecho internacional moderno, cf., además del volumen de J. Brown Scott anteriormente citado, C. Barcia Trelles, «Francisco de Vitoria et l'École moderne du droit international»: *Recueil des Cours de l'Académie du droit international* II (1927), pp. 196-200; A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, MacMillan, New York, ²1954; A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional. Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, Unam, México, 1989. Para una aproximación crítica y bastante menos apologética, véase además la recopilación de ensayos *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, cit., con escritos de Antonio Truyol Serra, Henry Mechoulan, Peter Haggenmancher, Antonio Ortiz-Arce, Primitivo Marino y Joe Verhoeven.

6. Francisco de Vitoria, *De indis recenter inventis relectio prior* [1539], en *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, ed. de E. Nys, «The classic of International Law», Oceana, New York, 1964, sect. II, 7, p. 244 (ed. española de L. Pereña, C. Baciero y F. Maseda, *Relectio de Indis. Carta magna de los indios*, CSIC, Madrid, 1989].

7. «Imperator non est totius orbis dominus» (*ibid.*, 1, pp. 233 y 235); «Imperator licet esse dominus mundi, non ob id posset occuparet provincias barbarorum et constituere novos dominos et veteres deponere vel vectigalia capere» (*ibid.*, 2, pp. 233 y 238).

8. «Papa nullam potestatem temporalem habet in barbaros Indos neque in alios infideles» (*ibid.*, 6, pp. 233 y 243), con la consecuencia de que «principes Christiani non possunt, etiam auctoritate Papae, coercere barbaros a peccatis contra legem naturae nec ratione illorum eos punire» (*ibid.*, 16, pp. 233 y 252). Como es sabido, uno de los más importantes títulos de conquista babía sido desde el comienzo el aval proporcionado por las Bulas de Alejandro VI de 3 y 4 de mayo de 1493, que «donaban y concedían» a los reyes «catolicísimos» de España y a sus «herederos y sucesores», con «pleno derecho y bajo completa jurisdicción [...] todas las islas y las tierras firmes con todos sus dominios, ciudades, fortalezas, lugares habitados descubiertos y por descubrir hacia Occidente y hacia el sur», con el compromiso de que enviaran «hombres rectos, temerosos de Dios» para «instruir a los habitantes en la fe católica y a encaminarles hacia una fe morigerada» (texto tomado de la Bula *Inter coetera* de 4 de mayo de 1493, reproducida en *1992-1492*, cit., pp. 115-118).

9. La falta de fe no es, escribe Vitoria, un impedimento para la propiedad: «Infidelitas non est impedimentum, quominus aliquis sit verus dominus» (*De Indis*, cit., sect. I, 7, p. 226). Tampoco convierte en ilegítimo a un soberano, puesto que también a los soberanos infieles, como hay tantos en la historia, se les debe obediencia: «Et probatur etiam primo, quia Scriptura vocat reges aliquos infideles, ut Sennacherib et Pharaonem et multos alios reges [...] Item Paulus et Petrus iubent praestare oboedientiam principibus, qui tunc erant omnes infideles, et servos oboedire dominis» (*ibid.*). Vitoria niega en consecuencia que los bárbaros no puedan ser dueños de sus tierras por defecto de razón: porque ello resulta cuanto menos discutible (*ibid.*, 20, p. 229), y además porque la falta de razón no priva ni tan siquiera a los niños de sus propiedades (*ibid.*, 21, p. 231). Y concluye: «Restat ergo ex omnibus dictis quod sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini, sicut Christiani; nec hoc titulo potuerunt spoliari aut principes aut privati rebus suis, quod non essent veri domini. Et grave esset negare illis, qui nihil iniuriae unquam fecerunt, quod concedimus Saracenis et Iudaeis, perpetuis hostibus religionis Christianae, quos non negamus habere vera dominia rerum suarum» (*ibid.*, 24, p. 232). Por otra parte, añade Vitoria, «barbari, priusquam aliquid audissent de fide Christi, non peccabant peccato infidelitatis» (*ibid.*, sect. II, 8, p. 246). Y además: «Barbari non ad primus nuntium fidei Christianae tenentur credere [...] sine miraculis aut quacumque alia probatione aut suasione» (*ibid.*, 10, p. 248). Pero es precisamente en este punto donde Vitoria avanza la reclamación, argumentada por extenso en la sección III (cf. *infra*, en las notas 34 a 39), de un derecho de los españoles a convertir incluso por la fuerza a los indios: «Ex qua propositione sequitur quod, si solum illo modo proponatur fides barbaris et non recipiant, non hac ratione possunt Hispani inferre illis bellum neque iure belli contra eos agere» (*ibid.*, sect. II, 11, p. 249). Pero, inversamente, «si barbari, rogati et admoniti ut audiant pacifice loquentes de religione, nollent audire, non excusarentur a peccato mortali» (*ibid.*, 12, p. 250); y «si fides Christiana proponatur barbaris [...] cum argumentis probabilibus et rationalibus et cum vita honesta et secundum legem naturae studiosa [...] barbari tenentur recipere fidem Christi sub poena peccati mortali» (*ibid.*, 13, p. 250).

10. Véase el segundo fragmento recogido en la nota 8. Por lo demás, añade Vitoria, «non licet Papae inferre bellum Christiani, quia sint fornicarii aut fures [...] Et confirmatur; graviora enim peccata sunt haec apud Christianos, qui sciunt illa esse peccata, quam apud barbaros, qui ignorant esse peccata» (*ibid.*, 16, p. 253). El argumento de la legitimidad de la guerra sobre la base de la potestad universal del Papa, de la necesidad de convertir a los indígenas y de obligarles a observar las leyes de la naturaleza había sido sostenido en cambio con fuerza por Sepúlveda en la *Apologia*, cit., pp. 63-64: «Se prueba además, por otra razón, que está permitido a los cristianos hacer la guerra a los idólatras, a saber, *por autoridad pública y pontificia*. En efecto, a Cristo,

según su humanidad, "le fue otorgada toda potestad en el celo y en la tierra", según se lee en el último capítulo del Evangelio de San Mateo: potestad que Cristo comunicó a su Vicario y sucesores, según Santo Tomás [...] Tiene, pues, el Papa poder en todas las naciones no sólo para predicar el Evangelio, sino también para obligar a los pueblos, si le es posible, a observar la ley natural a la cual todos los hombres están sometidos [...] Pero, para que los infieles se sientan impelidos a oír la predicación y observar la ley natural, es necesario que se sometan al poder de los cristianos [...] Con derecho pueden, pues, los idólatras ser obligados por la guerra a someterse a los cristianos, para, sujetos a su imperio, vivir según la ley natural y no blasfemar ni ofender a Dios con su idolatría [...] Así pues, por el testimonio de la Historia Sagrada y los Sagrados Doctores, se deduce que a estos bárbaros en estricto derecho, por su impiedad, se les hubiera podido privar de la vida, de las tierras y de todos los bienes para justo castigo».

11. «Restat alius et sextus titulus, qui praetenditur, scilicet per electionem voluntariam. Hispani enim cum ad barbaros perveniunt, significant eis quemadmodum Rex Hispaniae mittit eos pro commodis eorum, et admonent eos ut illum pro domino et rege recipiant et acceptent, et illi retulerunt placere sibi» (*ibid.*, 16, p. 254). Vitoria alude aquí al acto de notificación y de requisición redactado por Juan López de Palacios en 1514 (véase este texto en F. Tenorio Tagle, *El control social de las drogas en México*, Inacipe, México, 1991, pp. 102-105).

12. F. Vitoria, *De indis*, cit., sect. II, 16, p. 254: «Septimus titulus est, qui possit praetendi, scilicet ex speciali dono Dei. Dicunt enim nescio qui quod Dominus in suo peculiari iudicio condemnavit istos barbaros omnes ad perditionem propter abominationes suas et tradidit in manus Hispanorum, sicut olim Chananaeos in manus Iudaeorum. Sed de hoc nolo multum disputare, quia periculose crederetur alicui prophetiam adserenti contra communem legem et contra singulas Scripturas, nisi miraculis confirmaretur doctrina sua, quae tamen nulla proferuntur ab huiusmodi prophetis».

13. Son las palabras con las que James Brown Scott define el concepto vitoriano de *communitatis orbis* (*op. cit.*, p. 131). Sobre los límites atribuidos por Vitoria a esta comunidad universal, la crítica se encuentra dividida. Según Brown Scott (*ibid.*, p. 127) incluiría no solamente a los Estados cristianos, sino también a todas las comunidades organizadas de seres humanos, y por tanto también a las comunidades de los indios antes del descubrimiento del nuevo mundo, a las que Vitoria reconoce iguales derechos que a las del nuevo. La misma opinión fue sostenida por A. Truyol Serra, *Los principios del derecho público en Francisco de Vitoria*, Cultura Hispánica, Madrid, 1946, pp. 55-57. H. Mechoulan, «Vitoria, père du droit international?», en *Actualitè de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, cit., pp. 15-17, ha mostrado por el contrario que esta *communitas orbis* de Vitoria no era en absoluto universal y no representaba sino la sociedad española de su tiempo convenientemente universalizada: quedaban excluidos de ella en efecto tanto los judíos como los sarracenos, «eternos enemigos de la religión cristiana» (F. Vitoria, *De Indis*, cit., sect. I, 24, p. 232) y también, aunque con ciertas dudas, también los indios de América, «natura meticulosi et alias stolidi et stulti» (*ibid.*, sect. III, 8, p. 261), a propósito de los cuales Vitoria, y en contradicción con lo que sostenía en los fragmentos citados en las notas 9 y 10, retoma aunque con cautela una tesis sobre la que «nihil affirmare audeo, sed nec omnino condemnare, et est talis: Barbari enim isti, licet (ut supra dictum est) non omnino sint amentes, tamen etiam parum distant ab amentibus; ita videtur quod non sint idonei ad constituendam vel administrandam legitimam Rempublicam etiam inter terminos humanos et civiles» (*ibid.*, 18, p. 267). Acerca del *totus orbis* de Vitoria, véanse también las consideraciones analíticas de P. Haggenmacher, *op. cit.*, pp. 36-48.

14. F. Suárez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], ex tipis Fibrennianis, Napoli, 1872, lib. II, cap. XIX, 5, pp. 155-156: «Ratio autem huius partis et iuris est, quia

humanum genus quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturale praeceptum mutui amoris et misericordiae, quod ad omnes extenditur, etiam extraneos, et cuiuscumque nationis. Quapropter licet unaquaeque civitas perfecta, respublica, aut regnum, sit in se cummunitas perfecta, et suis membris constans, nihilominus quaelibet illarum est etiam membrum aliquo modo huius universi, prout ad genus humanum expectat; nunquam enim illae cummunitates adeo sunt sibi sufficientes singillatim, quin indigeant aliquo mutuo iuvamine, et societate ac communicatione, interdum ad melius esse maioremque utilitatem, ut ex ipso usu constat. Hac ergo ratione indigent aliquo iure, quo dirigantur, et recte ordinentur in hoc genere communicationis et societatis. Et quamvis magna ex parte hoc fiat per rationem naturalem, non tamen sufficienter et immediate quoad omnia; ideoque aliqua specialia iura potuerunt usu earumdem gentium introduci. Nam sicut in una civitate vel provincia consuetudo introducit ius, ita in universo humano genere potuerunt iura gentium moribus introduci».

15. A. Gentili, *De iure belli libri tres* (1588), ed. de J. Brown Scott, Clarendon Press, Oxford, 1933, lib. I, cap. I, p. 13: «Imo ut rectio civitatis et legis latio est penes civitatis partem maiorem; ita orbis rectio est penes congregationem maioris partis orbis»; H. Grocio, *De iure belli ac pacis libri tres* [1625], ed. de P. C. Molbuysen, Sijthoff, Lusguni Batavorum, 1919, proleg., 23, p. 10: «Si nulla est communitas quae sine iure conservari possit, quod memorabili latronum exemplo probabat Aristoteles, certe et illa quae genus humanum aut populos complures inter se colligat, iure indiget».

16. F. Vitoria, *De potestate civili* [1528], en *Relaciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, ed. por L. G. Alonso Getino, La Rafa, Madrid, 1934, II, 21, p. 206: «Quaeritur tandem: An leges civiles obligent Legislatores, et maxime Reges. Videtur enim aliquibus quod non, cum sint supra totam Rempublicam, et nullus possit obligari, nisi a superiore; sed certius, et probabilius est, quod obligentur».

17. J. Bodin, *I sei libri dello Stato* [1576], trad. italiana a cargo de M. Isnardi Parente, Utet, Turín 1964, vol. I, lib. I, cap. VIII, p. 345: «Per sovranità s'intende quel potere assoluto e perpetuo ch'è proprio dello Stato», con lo que se traduce el original francés «souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une republique» [«Por soberanía se entiende el poder absolto y perpetuo del Estado», *Los seis libros de la República*, ed. de P. Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1986, p. 47]. La clásica definición reproducida en el texto —«Maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas»— aparece en la traducción latina de 1586. Naturalmente el carácter absoluto del poder soberano vale para Bodin solamente frente a las leyes humanas o positivas, y no respecto de las naturales o divinas, a las que por el contrario se encuentra sometido (cf. *infra*, nota 63).

18. Cf. *supra*, nota 16.

19. F Vitoria, *De iure belli hispanorum in barbaros, relectio posterior* [1539], en *De Indis*, cit., 12, p. 278.

20. F. Suárez, *De legibus*, cit., lib. III, cap. II (titulado «In quibus hominibus immediate existat ex natura rei potestas haec condendi leges humanae»), 3, p. 165: «Dicendum ergo est, hanc potestatem ex sola rei natura in nullo singulari homine existere, sed in *hominum collectione*... Ratio prioris partis evidens est, quae in principio est tacta, quia est natura rei omnes homines nascuntur liberi, et ideo nullus habet iurisdictionem politicam in alium, sicut nec dominium: neque est ulla ratio, cur hoc tribuatur ex natura rei respectu illorum, potius quam ex converso [...] Potestas ergo dominandi, seu regendi politice homines, nulli homini in particulari data est immediate a Deo». Si no corresponde al individuo aislado, concluye Suárez, la *suprema potestas* corresponde a la comunidad, e incluso a toda la comunidad humana en el mundo: «Hinc facile concluditur altera pars assertionis, nimirum potestatem hanc ex vi solius

iuris naturae esse hominum communitate [...] Alio ergo modo consideranda est hominum multitudo, quatenus speciali voluntate seu communi consensu in unum corpus politicum congregantur uno societatis vinculo, et ut mutuo se iuvent [...] His vero addendum est, hanc potestatem non ita esse ex natura rei in multitudine hominum, ut necessario sit una numero in tota specie, seu in tota collectione hominum existentium in universo orbe» (*ibid.*, 4, pp. 165-166). Y en el capítulo IV del mismo libro añade: «ratio ex dictis est, quia haec potestas ex natura rei est immediate in communitate; ergo ut iuste incipiat esse in aliqua persona tanquam in supremo principe, necesse est, ut ex consensu communitatis illi tribuatur» (*ibid.*, IV, 2, p. 169). Es cierto, sin embargo, dice Suárez más adelante, que dicho consenso no es revocable: «quia traslata potestate in regem, per illam efficitur superior etiam regno, quod illam dedit, quia dando illam se subiecit, et priore libertate privavit, ut in exemplo de servo, servata proportione, constat» (*ibid.*, 5, p. 170). Pero la irrevocabilidad queda condicionada al hecho de que la potestad regia no degenere en tiranía: «Et eadem ratione non potest rex illa potestate privari, quia verum illius dominium acquisivit, nisi fortasse in tyrannidem declinet» (*ibid.*). Es este último caso, «respublica tota, publico et communi concilio civitatis», puede revocar el pacto originario, en el que con certeza no estaba incluido el gobierno tiránico: «intelligitur exceptus in primo illo foedere, quo respublica potestatem suam in regem transtulit» (*Defensio fidei*, 1613, VI, 4, 15).

21. *De iure belli ac pacis*, cit., lib. I, cap. III, parr. VIII, pp. 66 y 75-82: «Refellitur sententia quae statuit summam potestatem semper esse penes populum». En cualquier caso, esta tesis no impide sostener a Grocio tanto el sometimiento de los soberanos a las leyes divinas y al derecho natural como el derecho de los súbditos a desobedecer aquellos mandatos que los contradigan: «si quid imperent naturali iuri aut divinis praeceptis contrarium, non esse faciendum quod iubent» (*ibid.*, lib. I, cap. IV, párr. I, 3, p. 104).

22. F. Vitoria, *De potestate civili*, cit., 21, p. 207.

23. *Ibid.* (las cursivas son mías).

24. A. Truyol Serra, «Premisses philosophiques et historiques du *totus orbis* de Vitoria»: *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria* 7 (1946-1947), pp. 179 ss.

25. «Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis» (F. Vitoria, *De Indis*, cit., sect. III, 1, p. 257).

26. *Ibid.*, 2, prob. 1, p. 257.

27. «"Omne animal diligit sibi simile" (*Eccl.*, 17, 3). Ergo videtur quod amicitia inter homines sit de iure naturali, et contra natura est vitare consortium hominorum innoxiorum» (*ibid.*, 2, prob. 8, p. 258).

28. «Et circa hoc sit prima conclusio: Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen nocumento barbarorum, nec possunt ab illis prohiberi» (*ibid.*, 2, p. 257).

29. «"Iure naturali communia sunt omnium, et aqua profluens, et mare, item flumina et portus, atque naves iure gentium undecumque licet applicare" (*Inst.*, De rerum divisione); et eadem ratione videtur publice. Ergo neminem licet ab illis prohibere. Ex quo sequitur quod barbari iniuriam fecerent Hispanis, si prohiberent illos a suis regionibus» (*ibid.*, 2, prob. 10, p. 258).

30. A. Gentili, *op. cit.*, lib I, cap. XIX, en el que se establece la existencia teórica de un *ius transiti* y de un *ius commercii*; H. Grocio, *Mare liberum* [1605], que constituye el capítulo XII del *De iure predae commentarius*, descubierto en 1864 y publicado en La Haya en 1868.

31. «Secunda propositio: Licet Hispanis negotiari apud illos, sine patriae tamen damno, puta importantes illuc merces, quibus illi carent, et adducentes illinc vel aurum vel argentum vel alia, quibus illi abundant» (F. Vitoria, *De Indis*, cit., sect. III, 3, p. 258).

32. «Tertia propositio: Si quae sunt apud barbaros communia, tam civibus quam hospitibus, non licet barbaris prohibere Hispanos a communicatione et participatione

illorum. Exempli gratia, si licet aliis peregrinis vel effodere aurum in agro communi vel ex fluminibus vel piscari margaritas in mari vel in flumine, non possunt barbari prohibere Hispanos [...] Secundo, quia, quae in nullius bonis sunt, iure gentium sunt occupantis. Ergo, si aurum in agro vel margaritae in mari aut aliud quodcumque in fluminibus non est appropriatum, iure gentis erit occupantis, sicut et pisces in mari» (*ibid.*, 4, p. 259).

33. «Quarta propositio: Immo si ex aliquo Hispano nascantur ibi liberi et velint esse cives, non videtur quod possint prohiberi vel a civitate vel a commodis aliorum civium [...] Immo si qui vellent accipere domicilium in aliqua civitate illorum, ut accipiendo uxorem vel alia ratione, qua alii peregrini solent fieri cives, non videtur quod possint prohiberi» (*ibid.*, 5, p. 260).

34. *Ibid.*, 9-12, pp. 262-263. Recuérdese además la extensa argumentación recogida en la nota 9. Vitoria no duda sin embargo en mezclar lo sagrado con lo profano, avalando la limitación a los españoles de los derechos de comunicación, de comercio e incluso de predicación, que él proclama como «naturales», y por tanto universales: «Papa potuit negotium conversionis Indorum barbarorum solis Hispanis demandare, et omnibus aliis, non solum praedicationem, sed etiam commercium interdicere, si ita expediret ad Christianae religionis propagationem» (*ibid.*, 10, pp. 256 y 262).

35. «Correctio fraterna est de iure naturali, sicut et dilectio. Cum ergo omnes illi sint non solum in peccatis, sed extra statum solutis, ergo ad Christianos spectat corrigere et dirigere eos, immo videtur quod teneantur ad hoc» (*ibid.*, 9, p. 262).

36. «Si qui ex barbari conversi sunt ad Christum et principes eorum vi aut metu volunt eos revocare ad idololatriam, Hispani hac ratione etiam possunt, si alias fieri non potest, movere bellum et cogere barbaros ut desistant ab illa iniuria et contra pertinaces iura belli persequi, et per consequens aliquando dominos deponere, sicut in aliis bellis iustis» (*ibid.*, 13, p. 264).

37. «Si bona pars barbarorum conversi essent ad Christum, [...] Papa ex rationabili causa posset, vel ipsis petentibus vel etiam non petentibus, dare illis principem Christianum et auferre alios dominos infideles (*ibid.*, 14, p. 264).

38. «Si barbari velint prohibere Hispanos in supra dictis a iure gentium, puta vel commercio vel aliis, quae dicta sunt, Hispani primo debent ratione et suasionibus tollere scandalum et ostendere omni ratione se non venire ad nocendum illis, sed pacifice velle hospitari et peregrinari [...] Quod si, reddita ratione, barbari nolint aquiescere, sed velint vi agere, Hispani possunt se defendere et omnia agere ad securitatem suam convenientia, quia vim vi repellere licet. Nec solum hoc, sed, si aliter tuti esse non possunt, artes et munitiones aedificare, et, si acceperint iniuriam, illam auctoritate principis bello prosequi et alia belli iura agere» (*ibid.*, sect. III, 6, p. 260). Véanse además los fragmentos recogidos en las notas 9 y 40.

39. *Ibid.*, 7, p. 261. La posición de Vitoria sobre la cuestión de las guerras que tenían como finalidad la evangelización se encuentra a mitad de camino entre la apresurada y violenta solución de Juan Ginés de Sepúlveda y la liberal de Bartolomé de Las Casas. Este último, en *Los tesoros del Perú*, había defendido el derecho de los indios de resistir a la ocupación española con el argumento de que «la defensa de la patria y de la libertad es un principio de derecho natural, de manera que cada pueblo o nación o el príncipe que la representa puede, en virtud de este principio, prohibir a los extranjeros de cualquier nación el acceso a su territorio en caso de que se considere que ello representa un peligro para su patria» (cit. por H. Mechoulan, *op. cit.*, p. 25). Semejante derecho no es ni tan siquiera tomado en consideración por Sepúlveda, cuyo único problema parece ser el de encontrar el método más práctico para doblegar a los infieles: la «tarea» de salvar a los indios, afirma, «puede cumplirse de dos maneras: una solamente mediante las exhortaciones y la doctrina, y otra, acompañándolas de alguna fuerza y temor a las penas [...] Del primer modo se sirvieron Cristo y los Apóstoles; del

segundo la Iglesia una vez que se vio protegida por el amparo y la potencia de los reyes y príncipes cristianos. Ambos métodos se han llevado a cabo, como enseña Agustín, por el precepto divino y evangélico que se contiene en la parábola del banquete [...] Y con el derecho con que el Vicario de Cristo puede, si se presenta ocasión, apartar a todas las gentes de la idolatría y moverlas a oír la predicación, con el mismo puede someterlas al imperio de los cristianos por sí mismo o por medio de los príncipes cristianos, siendo este camino muy fácil y expedito para llevar a cabo el propósito y preparar la salvación de las almas. Por lo demás, ciertos hombres doctos, pero no por ello prácticos en la materia, enseñaron que conviene antes de emprender la guerra amonestar por medio de embajadores a los bárbaros a que abandonen la idolatría y admitan públicamente a los predicadores de la Religión Cristiana, para que si acceden a lo que se les pide se consiga la salvación de las almas sin tener que recurrir a la guerra [...] Pues, como enseña San Pablo, «quien ara debe arar con la esperanza de conseguir el fruto», y lo que es inútil se tiene por nulo [...] Aparte de que aunque los bárbaros llevados del miedo admitiesen a los predicadores y abandonasen por un tiempo su idolatría o más bien disimulasen abandonarla, no hay duda de que, una vez retirada la causa de su temor, volverían a sus primitivas costumbres y expulsarían a los predicadores y los matarían a ellos y a los por ellos convertidos si no volvían a su anterior impiedad, como ocurría en los primeros tiempos de la Iglesia. Todas estas incomodidades y dificultades se eliminan fácilmente con la conquista de los bárbaros [...] Así, por esta razón, en pocos días se convierten más y más seguramente a la fe de Cristo que acaso se convertirían en trescientos años con la sola predicación» (*Apología*, cit., pp. 65, 69-70).

40. Téngase en cuenta lo siguiente: Vitoria, como se ha visto, condena la guerra que tiene como simple pretexto la difusión del cristianismo. Y rechaza la legitimidad de la guerra para imponer contra su voluntad la religión a los indios: «Quantumcumque fides annuntiata sit barbaris probabiliter et sufficienter et noluerint eam reciperi, non tamen hac ratione licet eos belli persequi et spoliare bonis suis» (*De indis*, cit., sect. II, 15, p. 250); «Si barbari permittant Hispanos libere et sine impedimento praedicare Evangelium, sive illi recipiant fidem sive non, non licet hac ratione intentare illis bellum nec alias occupare terras illorum» (*ibid.*, sect. III, 11, p. 263). Pero la diferencia entre estas hipótesis y la de la oposición de los indios a la evangelización, o al ejercicio del *ius peregrinandi*, o del *ius commercii* o del derecho a la apropriación del oro o de las tierras baldías, así como a la «defensa» y a defender a los indios convertidos frente a sus príncipes —que es en definitiva, aunque de forma eufemística, lo que habían hecho hasta entonces los españoles— es poco más que un sofisma. De hecho, en todos estos casos (cf. nota 38) los españoles tienen el derecho a entrar en guerra y a imponerse por la fuerza: «Si barbari, sive ipsi domine sive etiam multitudo, impediant Hispanos quominus libere annuntient Evangelium, Hispani, reddita prius ratione ad tollendum scandalum, possunt, illis invitis, praedicare et dare operam ad conversionem gentis illius et, si sit opus, propter hoc bellum suscipere vel inferre, quousque pariant opportunitatem et securitatem praedicandi Evangelium» (*ibid.*, 12, p. 263). Sobre el lugar central que ocupa la guerra en la construcción de Vitoria, cf. J. Verhoeven, «Vitoria ou la matrice du droit international», en *Actualité*, cit., pp. 112 ss.

41. Ésta es la interpretación de los textos de Vitoria que sugiere James Brown Scott: la guerra, escribe este autor, es para Vitoria «una demanda judicial transmitida por la fuerza en ausencia de un Tribunal superior» (*op. cit.*, p. 107; cf. también, *ibid.*, pp. 102 y 111).

42. Se remonta a Gentili la célebre definición de la guerra como «publicorum armorum iusta contentio» (A. Gentili, *op. cit.*, lib. I, cap. II, p. 17) y la consiguiente condena de las guerras civiles que habían teñido de luto la Edad Media: «Neque enim bellum est rixa, pugna, inimicitia privatorum» (*ibid.*, p. 18).

43. A diferencia de los Estados, en efecto, los particulares pueden obtener justicia

sobre la base de su derecho interno: «Pro probatione est notandum quod differentia est quantum ad hoc inter privatam personam et Rempublicam, quia privata persona habet quidem ius defendendi se et sua, ut dictum est, sed non habet ius vindicandi iniuriam, immo nec repetendi ex intervallo temporis res ablatas [...] Respublica habet auctoritatem non solum defensionis, sed etiam vindicandi se et suos et persequendi iniurias. Quod probatur, quia, ut Aristoteles tradit, Respublica debet esse sibi sufficiens» (F. Vitoria, *De iure belli*, cit., 5, p. 276).

44. «Tota difficultas est: Quid est Respublica et quis proprie dicitur princeps? Ad hoc breviter respondetur quod Respublica proprie vocatur perfecta communitas. Sed hoc ipsum est dubium, quae sit perfecta communitas [...] Est ergo perfecta Republica aut communitas, quae est per se totum, id est quae non est alterius Reipublicae pars, sed quae habet proprias leges, proprium consilium et proprios magistratus, quale est regnum Castellae et Aragoniae, principatus Venetorum et alii similes [...] Talis ergo Respublica aut princeps illius habet auctoritatem indicendi bellum, et solum talis» (*ibid.*, 7, p. 277).

45. «Sed ex hoc ipso dubitari merito potest an, si plures huiusmodi Respublicae aut principes habeant unum communem dominium aut principem, an possint per se inferre bellum sine auctoritate superioris principis. Et respondeo quod sine dubio possunt ut reges, qui sunt subiecti Imperatori, possunt invicem belligerare, non expectata auctoritate Imperatoris; quia (ut dictum est) Respublica debet sibi esse sufficiens, nec sufficeret sibi sine tali facultate» (*ibid.*, 8, p. 277).

46. «Princeps, qui gerit iustum bellum, habet se in causa belli tamquam iudex» (*ibid.*, 17, p. 280); «item principes sunt iudices in propriis causis, quia non habent superiores» (*ibid.*, 29, p. 284); «Ergo pro iniuria praeterita licet interficere auctores iniuriae. Item hoc licet in proprios cives malefactores. Ergo etiam in extraneos, quia (ut supra dictum est) belli princeps iure belli auctoritatem habet in hostes, sicut legitimus iudex et princeps (*ibid.*, 46, pp. 291-292); «Item superior iudex potest commode multare auctorem iniuriae, tollendo scilicet ab eo civitatem aut arcem. Ergo et princeps, qui laesus est, hoc poterit, quia iure belli factus est tamquam iudex» (*ibid.*, 56, p. 296); «Parta victoria et confecto bello, oportet moderate et cum modestia Christiana victoria uti et oportet victorem existimare se iudicem sedere inter duas Respublicas —alteram, quae laesa est, alteram quae iniuria fecit— ut, non tamquam accusator, sed tamquam iudex, sententiam ferat, qua satisfieri quidem possit Reipublicae laesae, sed quantum fieri poterit, cum minima calamitate et malo Reipublicae nocentis, castigatis nocentibus quantum licuerit» (*ibid.*, 60, p. 297).

47. «Unica est et sola causa iusta inferendi bellum, iniuria accepta» (*ibid.*, 13, p. 279). La misma definición será retomada por Grocio: «Causa iusta belli suscipiendi nulla esse alia potest nisi iniuria» (*De iure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. I, párr. I, 4, p. 127). En particular, declara Vitoria, no está justificada la guerra por la «diversitas religionis», o con fines de conquista o por la gloria del príncipe: «Causa iusti belli non est diversitas religionis» (*De iure belli*, cit., 10, p. 278; sobre este mismo punto, sin embargo, véanse, *supra*, las notas 9, 38 y 40); «Non est iusta causa belli amplificatio imperii (*ibid.*, 11, p. 248); «Non est iusta causa belli aut gloria propria aut aliud commodum principis» (*ibid.*, 12, p. 278). Estas mismas tesis iban a ser retomadas por Balthazar de Ayala (*De iure et officiis bellicis et disciplina militari* [1582], ed. por J. Westlake, Washington 1912), por A. Gentili (*op. cit.*, lib. I, caps. VII, pp. 53-56, IX, pp. 59-66 y XXV, pp. 203 ss.) y por Grocio, que contrapone el principio de la *iusta causa belli* a la razón de estado (*De iure belli ac pacis*, cit., prol. 23-28, pp. 10-12) y excluye sobre esa base la legitimidad de las guerras preventivas (*ibid.*, lib. II, cap. XXII, párr. VIII y XII, pp. 434-435). Pero véanse además las tesis de Grocio sobre la legitimidad de la guerra contra los *infideles* y contra todos aquellos que delinquen contra el derecho natural o que ofenden a la divinidad, *infra*, notas 58 y 59.

48. «Non quaelibet et quantamvis iniuria sufficit ad bellum inferendum [...] Cum ergo quae in bello geruntur, omnia sint gravi et atrocia, ut caedes, incendia, vastationes, non licet pro levibus iniuriis bello persequi auctores iniuriarum, quia iuxta mensuram delicti debet esse plagarum modus» (F. Vitoria, *De iure belli*, cit., 14, p. 279). Por este motivo, y aunque formalmente el rey sea la única persona competente para declarar la guerra, él no puede evaluar por sí mismo sus presupuestos ya que también podría equivocarse: es necesario que consulte a muchos y sabios ciudadanos y que para todos sea lícito discutir sobre la licitud de la guerra, antes de que ésta haya sido declarada (*ibid.*, 20-22, pp. 281-282).

49. «Nam princeps debet et bellum et pacem ordinare ad bonum commune Reipublicae, nec publicos redditos pro propria gloria aut commodo erogare, et multo minus cives suos periculis exponere» (*ibid.*, 12, p. 278). Su autoridad, en efecto, añade Vitoria en el fragmento citado en la nota 19, emana de la república, cuyas leyes están ordenadas hacia el bien común. Lo mismo puede decirse de las leyes de la guerra, igualmente orientadas a la utilidad común y no a la del Príncipe. Esto es precisamente lo que distingue a los libres de los siervos. Así, cuando un soberano arrastra a la guerra a un pueblo no por el bien público sino por su interés personal, abusa de los ciudadanos y los transforma en esclavos: «Ergo etiam leges belli debent esse pro communi utilitate et non propria principis. Item hoc differunt liberi a servis [...] Unde quod principes abutantur civibus cogendo eos militare et pecuniam in bello conferre, non pro publico bono, sed pro privato suo commodo, est cives servos facere» (*ibid.*, 12, pp. 278-279).

50. *Ibid.*, 18, pp. 280 y *passim*.

51. *Ibid.*, 35-37, pp. 287-288.

52. *Ibid.*, 39, pp. 289 y 52-53, pp. 294-295.

53. *Ibid.*, 49, p. 293. Los prisioneros, especifica Vitoria, pueden ser hechos esclavos sólo si no son cristianos (*ibid.*, 42, pp. 290-291).

54. Para las ofensas de los extranjeros, en efecto, el Príncipe es un «juez» exactamente igual que para su pueblo: «Notandum quod principes non solum habent auctoritatem in suos, sed etiam in extraneos, ad coercendum illos, ut abstineant se ab iniuriis, et hoc iure gentium et orbis totius auctoritate» (*ibid.*, 19, pp. 280-281). Con arreglo a ello, puesto que no puede usar violencia contra aquellos súbditos que no hayan cometido injurias, el soberano tampoco puede hacerlo contra extranjeros inocentes: «Item non maiorem auctoritatem habet princeps supra extraneos quam suos. Sed in suos non potest gladium stringere, nisi fecerint iniuriam. Ergo neque in extraneos [...] Ex quo constat quod adversus eos qui nobis non nocent, non licet ira gladii uti, cum occidere innocentes prohibitum sit iure naturali» (*ibid.*, 13, p. 279).

55. Suele decirse en la historiografía internacionalista que la estructura de la comunidad internacional, tal como se mantendrá durante tres siglos hasta la creación de la ONU en 1945, se remonta a la paz de Westafalia de 1648, en la que se puso fin a la guerra de los Treinta Años. Sobre el «modelo Westafalia», cf. A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 1984, cap. I. Véase también A. Nussbaum, *op. cit.*, pp. 1 ss.

56. H. Grocio, *De iure belli ac pacis*, cit., lib. I, cap. I, párr. XIV, 1, p. 30.

57. El propio derecho internacional, precisa en efecto Grocio, puede ser identificado *a priori* o *a posteriori*: *a priori*, sobre la base de la conformidad o disconformidad «cum natura rationali ac sociali; a posteriori vero, si non certissima fide, certe probabiliter admodum, iuris naturalis esse colligitur id quod apud omnes gentes, aut moratores omnes tale esse creditur» (*ibid.*, parr. XII, 1, p. 28).

58. «Et eadenus sententiam sequimur Innocentii et aliorum qui bello aiunt peti posse eos qui in naturam delinquunt: contra quam sentiunt Vitoria, Vasquius, Azorius, Molina, alii, qui ad iustitiam belli require videtur, ut qui suscipit aut laesus sit in se aut republica sua, aut ut in eum, qui bello impetitur, iurisdictionem habeat. Ponunt enim

illi puniendi potestatem esse effectum proprium iurisdictionis civilis, cum nos eam sentiamus venire etiam ex iure naturali, qua de re aliquid diximus libri primi initio» (*ibid.*, cap. XX, párr. XL, 3-4, pp. 395-396). La opinión contraria de Vitoria, a la que Grocio hace referencia, se encuentra en los fragmentos recogidos en las notas 8, 10 y 47.

59. *Ibid.*, párr. XLIV, pp. 397-399. Según Grocio, además, los cristianos deben aliarse contra los enemigos del cristianismo (*ibid.*, lib. II, cap. XV, párr. XII, p. 309).

60. *Ibid.*, lib. III, cap. IV, párr. VI, p. 514.

61. *Ibid.*, párr. IX, pp. 515-516.

62. *Ibid.*, párr. X, pp. 516-517.

63. J. Bodin, *Los seis libros de la República*, cit., lib. I, p. 53: «En cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina, por mover guerra a Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben uncirse e inclinar la cabeza con todo temor y reverencia». Sobre los límites a la soberanía en el pensamiento de Bodin, véase D. Quaglioni, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Cedam, Padova, 1992.

64. Para Hobbes las leyes de la naturaleza son «teoremas» de ciencia política, es decir, «normas convenientes» que «la razón sugiere» (*Leviatán*, cit., cap. XV, p. 133 y cap. XIII, p. 109). Cf. también Th. Hobbes, *El ciudadano*, trad. y ed. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999, p. 42: «Las *leyes* que llamamos naturales no son más que conclusiones obtenidas racionalmente acerca de lo que se ha de hacer u omitir». De aquí el constante paralelismo —tanto en el *De cive* como en el *Leviatán*— entre leyes naturales y leyes civiles y la fundamentación sobre las primeras del amplio sistema de garantías desplegado en materia penal y procesal, empezando por el propio principio de legalidad (en particular en los caps. XXI y XXVI-XXVIII del *Leviatán*).

65. Sobre la paternidad hobbesiana de la idea del Estado como «persona», cf. O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie giusnaturalistiche* [1880], trad. italiana de la 3.ª ed. (1913) a cargo de A. Giolitti, Einaudi, Torino, 1943, pp. 148-152, que describe también su desarrollo en Pufendorf. A Hobbes, por otra parte, se remonta no solamente la idea del Estado-persona y de la personalidad del Estado, sino también la más clara definición del concepto de «persona jurídica»: «Una persona es aquel *cuyas palabras o acciones son consideradas, o bien como suyas, o bien como representaciones de palabras o acciones de otro hombre o de cualquier otra cosa a la que son verdadera o ficcionalmente atribuidas*» (*Leviatán*, cit., cap. XVI, p. 134). Por tanto, «aunque todo *Estado* sea una persona *civil*, no es así al contrario: no toda *persona civil* es un *Estado*. Porque puede darse que muchos ciudadanos con el consentimiento de su Estado, se agrupen para formar *una sola persona* con objeto de gestionar determinadas cosas. Éstas serán *personas civiles*, como las asociaciones de comerciantes y otras muchas; pero no son Estados» (*El ciudadano*, cit., cap. V, 11, p. 53). Cf. también, siempre de Th. Hobbes, *De homine. Sezione seconda degli elementi di filosofia* [1658], trad. italina de A. Pacchi, Laterza, Bari, 1972, cap. XV, p. 185. Sobre los orígenes y los itinerarios del concepto de «persona jurídica», desconocido en el derecho romano (que empleaba tan sólo la categoría de la *universitas*), y surgido en la doctrina canonista (en expresiones como las de *persona ficta*, o *repraesentata*, o *universitatis* o *collegii*), ya desde el siglo XIII («cum collegium in causa universitatis fingatur una persona», había afirmado Sinibaldo dei Fieschi, futuro Papa Inocencio IV, comentando una decretal de Gregorio IX), cf. R. Orestano, «"Persone" e "Persone giuridiche" nell'età moderna» [1968], ahora en *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 193 ss. Véase además, finalmente, I. Birocchi, *Persona giuridica (diritto medioevale e moderno)*, en *Digesto 1995*.

66. *El ciudadano*, cit., cap. V, 9, p. 53: «A la unión así conseguida [...] se le llama

Estado o sociedad civil, y también *persona civil*. Porque al ser *una* la voluntad de todos, ha de considerarse como *una persona* y ha de ser distinguida y reconocida con un *único* nombre por todos los particulares, y debe tener sus *derechos* y sus *propiedades*».

Una noción análoga había sido formulada en los *Elementos de derecho natural y político*, cit., parte I, cap. XIX, 8, p. 249: «La unión así realizada es lo que los hombres llaman hoy día un cuerpo político o sociedad civil; los griegos lo llamaron *polis*, es decir, ciudad; lo que se puede definir una multitud de hombres unidos, como una sola persona, por un poder común, para su paz, defensa y beneficio común».

La idea de «persona» asociada a la «ciudad» es retomada, en la *Enciclopédie*, por Diderot, «Città» [1753], en *Scritti politici*, Utet, ed. a cargo de F. Diaz, Torino, 1967, p. 513.

67. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., «Introducción», pp. 13 y 14, donde la analogía entre persona física y persona artificial del Estado se extiende hasta el punto de representar a esta última como una especie de hombre grandísimo, del que se ofrece una detallada descripción anatómica: «Pues es mediante el arte como se crea ese gran LEVIATÁN que llamamos REPÚBLICA O ESTADO, en latín CIVITAS, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido. En él, la *soberanía* actúa como *alma* artificial, como algo que da vida y movimiento a todo el cuerpo; los *magistrados* y otros *oficiales* de la judicatura y del ejecutivo son *articulaciones* artificiales; la *recompensa* y el *castigo*, por los cuales cada articulación y miembro que pertenecen a la sede de la soberanía se mueven para desempeñar su misión, son los *nervios* que hacen lo mismo en el cuerpo natural; el *dinero* y las *riquezas* de cada miembro particular son la *fuerza*; la *salus populi*, o *seguridad del pueblo*, es su *finalidad*; los *consejeros*, por quienes le son sugeridas a este cuerpo artificial todas las cosas que le es necesario conocer, son la *memoria*; la *equidad* y las *leyes* son una *razón* y *voluntad* artificiales; la *concordia* es la *salud*; la *sedición*, la *enfermedad*; y la *guerra civil*, la *muerte*. Por último, los *pactos* y las *alianzas* en virtud de los cuales las partes de este cuerpo político fueron en un principio hechas, juntadas y unidas, se asemejan a aquel *fiat*, o *hagamos al hombre*, pronunciado por Dios en la Creación». Cf. también, *ibid.*, cap. XXI, p. 175 y cap. XXVI, p. 221.

68. En el pensamiento de Hobbes se mantiene sin embargo una ambiguedad, puesto que la soberanía queda asociada tanto a la persona artificial del Estado en la medida en que constituye su «alma artificial» (cf. el fragmento citado en la nota anterior) como a la persona física del *princeps* o de los miembros de la asamblea que han sido concretamente revestidos de ella: « [...] por el término *rey* puede entenderse tal vez, además de *un solo hombre*, una *curia*, con tal de que en ella resida el poder supremo. Si esto es así, lo que se deduce en todo caso es que sin el poder supremo y absoluto (como hemos tratado de probar a lo largo del cap. VI), será lícito lo que cada uno quiera o lo que le parezca recto» (*De cive*, ed. cit., 11, p. 100; cf. también *Elementos*, cit., II, 10, p. 358; y *Leviatán*, cit., cap. XVIII, pp. 146 ss.).

69. Th. Hobbes, *Leviathan* [1651], trad. latina (1670), en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, ed. por W. Molesworth (1839-1845), Scientia, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202.

70. Th. Hobbes, *Leviatán*, ed. cit., cap. XIII, pp. 108-109.

71. *Ibid.*, cap. XXI, p. 177 de la traducción citada.

72. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., cap. II, 14, p. 44. Paralelamente, también la soberanía interna del monarca absoluto queda asimilada por Locke al estado de naturaleza: «un hombre así, ya sea que lo llamemos "csar" o "grand seignior", o cualquier otra cosa, se encuentra, con respecto a los que se hallan bajo su dominio, en [...] estado de naturaleza» (*ibid.*, cap. VII, 91, p. 106).

73. Cf. J. Brown Scott, *op. cit.*, pp. 24-59.

74. Th. Hobbes, *op. cit.*, cap. XIII, p. 108.

75. J. Locke, *Primer ensayo sobre el gobierno civil*, en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, trad. F. Giménez Gracia, ed. de J. Abellán, Alianza, Madrid, 1991, cap. VI, 57, pp. 98-99; Id., *Segundo tratado*, cit., cap. VII, 92, pp. 106-107, donde Locke no encuentra mejor argumento contra la ilusión de quien piensa «que el poder absoluto purifica la sangre de los hombres y corrige la bajeza de la naturaleza humana» que el ejemplo de «un hombre que en las selvas de América se comporta de forma insolente y ofensiva» y «probablemente no se comportará mejor sentado en un trono; más, si lo ocupa, lo más probable es que se busquen razones de sapiencia y de religión para justificar el daño que haga a los súbditos; y la espada silenciará a todos aquellos que se atrevan a cuestionar su conducta», *ibid.*, cap. VIII, 102, pp. 115-116, donde a propósito de «muchas partes de América» se recoge un testimonio según el cual «hay grandes y evidentes indicios de que estos hombres carecieron por mucho tiempo de reyes y Estados; y que vivieron en hordas».

76. J. Locke, *op. cit.*, 33-36, pp. 60-64. La idea de América como lugar del estado de naturaleza en el que todos tenían todo en común había sido expresada también por Grocio (*De iure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. II, apdo. II, 1, p. 140).

77. La aparición del paradigma eurocéntrico de lo diferente no como «igual», sino como «idéntico» al colonizador o, alternativamente, como «inferior» —que, en el primer caso, debe ser asimilado e integrado, y cuya identidad específica, en el segundo, debe ser negada— ha sido reconstruida lúcidamente por Tzvetan Todorov en el primer encuentro entre Colón y los indios (*La conquista de América*, cit., p. 41). Sobre estas dos figuras del otro como origen de la violencia colonial, cf. E. Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 148-149 (ed. española de M. A. Galmarini, *La certeza y la esperanza: ensayo sobre el derecho y la violencia*, Paidos, Barcelona, 1995).

78. Esto ha traído largas y bizantinas discusiones jurídicas, resueltas generalmente con la distinción entre titularidad (que corresponde al pueblo o a la nación) y ejercicio (que corresponde al Estado-persona) de la soberanía.

79. Recuérdense los célebres fragmentos en que Rousseau configura el contrato social como transmisión al Estado de todos los derechos naturales (incluido el derecho a la vida, que Hobbes había considerado irrenunciable, por ser la razón del pacto), en virtud de la conocida connotación ética y organicista asociada en su planteamiento a la voluntad general, y de la consiguiente confusión totalitaria entre Estado e individuo: «En el mismo instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo [...] el cual recibe de este mismo acto su unidad, su *yo* común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que se forma de este modo por la unión de todas las demás tomaba en otro tiempo el nombre de *Ciudad*, y toma ahora el de *República* o de *cuerpo político*, al cual sus miembros llaman *Estado* cuando es pasivo, *Soberano* cuando es activo, *Poder* al compararlo con otros semejantes» (*Del contrato social*, cit., p. 23). «Igual que la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos, y es este mismo poder el que, dirigido por la voluntad general, lleva como he dicho el nombre de soberanía» (*ibid.*, lib. II, cap. IV, p. 36).

80. «El Estado es la realidad efectiva de la idea ética, el espíritu ético como voluntad sustancial *revelada*, clara para sí misma, que se piensa y se sabe y cumple aquello que sabe precisamente porque lo sabe. En las *costumbres* [el Estado] tiene su existencia inmediata» (*Principios de la filosofía del derecho* [1821], trad. castellana J. L. Vermal, Sudamericana, Buenos Aires, 1975, 257, p. 283). Y añade, frente a las doctrinas utilitaristas que afirman que su finalidad se encuentra en «la seguridad y el interés personal», que «su relación con el individuo es totalmente diferente: por ser el Estado el espíritu objetivo, el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética si forma parte de él» (*ibid.*,

258, p. 284). Tampoco Hegel admite por tanto un derecho a la vida frente al Estado: pues «el Estado no es en absoluto un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo incondicionado la *protección* y la *seguridad* de la vida y de la propiedad de los individuos singulares. Él mismo es por el contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio» (*ibid.*, 100, p. 130).

81. Esta expresión se encuentra en el primer texto de Rousseau citado en la nota 79.

82. G. W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. castellana de R. Valls Plaza, Alianza, Madrid, 1997, 535, p. 531; Id., *Principios*, ed. cit., 337, pp. 380-381; *ibid.*, *Agregado*, 258, p. 287: «El Estado en sí y por sí es la totalidad ética, la realización de la libertad [...] El Estado es el espíritu que está presente en el mundo y se realiza en él».

83. *Enciclopedia*, 545, p. 564.

84. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* [1837], trad. castellana de J. Gaos, Alianza, Madrid 1980, II, 3, p. 108. «Sólo en el Estado tiene el hombre existencia racional» (*ibid.*, p. 101); «El Estado no existe para los fines de los ciudadanos. Podría decirse que el Estado es el fin y los ciudadanos son los instrumentos» (*ibid.*); «Concebimos, pues, un pueblo como un individuo espiritual y no subrayamos en él principalmente el aspecto exterior, sino que destacamos eso que hemos llamado espíritu del pueblo [...] El Estado real se halla animado por ese espíritu en todos sus asuntos particulares: guerras, instituciones, etc.» (*ibid.*, p. 103). Véanse los fragmentos citados en las notas 94-96.

85. Sobre este complejo proceso cultural y político, cf. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979; Id., «Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato», en A. Schiavone (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 3-87; P. Costa, «La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare», *ibid.*, pp. 89-145; Id., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986; G. Cianferotti, «La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale»: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 5 (1989), pp. 995-1023.

86. M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., pp. 10-21. Los *Studi giuridici sul governo parlamentare* de 1886 se encuentran ahora en V. E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 345 ss.

87. El objetivo principal de la construcción de Orlando y de Romano, según la interpretación que de ella ha dado M. Fioravanti (*op. cit.*, pp. 7 ss.), habría sido la elaboración de «una doctrina de los orígenes y de la formación del Estado unitario» capaz de asegurar el principio de su continuidad, de excluir cualquier fundamento voluntarista y contractual y por tanto de afirmar su carácter «originario» como entidad metahistórica y natural, separada y superior respecto de la política, no vinculada a la mutación de los regímenes parlamentarios y de los equilibrios institucionales. El presupuesto de esta operación era la firme negación, por «inaferrable y carente de efectiva consistencia», de la idea misma de un momento, o de una voluntad, o de una decisión o de un poder «constituyente», así como de la noción de «constitución» (S. Romano, «Costituente», en *Digesto Italiano* VIII, Utet, Torino, 1899-1903, p. 352; cf. también Id., «L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua negazione» [1901], en *Scritti minori* I, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 107 ss.). La soberanía se transforma así en un dato originario, natural y necesario, que no precisa justificación alguna: «Se podría decir —escribe Orlando— que en el planteamiento de Gerber la soberanía equivale, en relación con el organismo del Estado, a un cartesiano *cogito ergo sum*» (*Principi di diritto costituzionale* [1889], Barbera, Firenze, 51904, p. 58). Y añade: «Entendida en nuestro sentido la soberanía no necesita justificación; es expresión de un hecho natural

y necesario, de manera que, dado un organismo político, éste afirmará su personalidad jurídica. Y, conforme a nuestros criterios metodológicos, todo aquello que hace referencia al orden natural de las cosas, no precisa de justificación» (*ibid.*, p. 60).

88. Esta doctrina —anticipada por Gerber con su concepción de los derechos públicos como «efectos reflejos» del derecho soberano con que el Estado regula su actividad (*Lineamenti di diritto pubblico*, cit., pp. 130-133)— había sido elaborada, como es sabido, por G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., pp. 215 ss., donde se habla de «auto-obligación» del Estado. En Italia esta idea fue retomada por Santi Romano en *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, incluida en *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, editado por V. E. Orlando, Società Editrice Libraria, Milano, 1900, pp. 109 ss., que habla, por el contrario, siempre a propósito del Estado, de «auto-limitación».

89. «Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato» [1898], en *Scritti minori* I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 2. En la misma página Santi Romano enumera los resultados obtenidos en esta obra de neutralización y despolitización del Estado, a través «del desarrollo que, lenta pero ahora ya triunfalmente, ha tenido lugar en la dogmática del derecho público»: en primer lugar, entender la condición de «diputado» como «funcionario público» que realiza «los intereses y derechos del Estado», frente a su concepción como un «representante de sus electores que lleva a cabo su voluntad, protege sus intereses y defiende no se sabe bien qué derechos», ya que éstos, «considerados colectivamente», «coinciden necesariamente» con los estatales; y, además, «considerar al elector como un auténtico órgano del Estado y al cuerpo electoral como un cuerpo que tiene el deber de ejercer una función pública, de la misma forma que cualquier otro órgano constitucional o administrativo; prescindir, al delinear su concepto jurídico, de la noción, exclusivamente política, de gobierno democrático; prescindir de la teoría de la soberanía popular o nacional».

90. Remito, en relación con los problemas de la dimensión «sustancial» de la racionalidad jurídica (y, como reflejo de ella, de la democracia), que deriva de la distinción —que se contrapone a su habitual identificación— entre «validez» y «vigencia» (o «existencia») de las normas a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 26, pp. 353-368 y 58, pp. 858-880, así como a «El derecho como sistema de garantías», en este volumen, *supra*, pp. 15 ss., y a «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, cit., pp. 465-477 y 505-508.

91. La primera formulación teórica de la «soberanía popular» unida, en polémica con Rousseau, a su rígida limitación constitucional «dentro de las fronteras que le imponen la justicia y los derechos de los individuos», se debe, como es sabido, a Benjamin Constant, *Principes de Politique* [1806], trad. castellana en *Escritos políticos*, trad. M. L. Sánchez Mejía, CEC, Madrid, 1989, pp. 3-205.

92. Un análisis más detallado de estas consideraciones críticas sobre el concepto de ciudadanía se encuentra en «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en este mismo volumen, *supra*, pp. 97 ss.

93. Th. Hobbes, *Leviatán*, ed. cit., XVII, p. 145.

94. «[El Estado] es el camino de Dios en el mundo; su fundamento es la fuerza de la razón que se realiza como voluntad. Para concebir la idea del Estado no es necesario observar Estados e instituciones determinados, sino considerar la idea misma, este Dios real» (*Principios*, ed. cit., 258, pp. 289-290).

95. «El Estado [...] es lo *racional* en sí y por sí. Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo *supremo deber* es ser miembro del Estado» (*Principios*, ed. cit., 258, p. 283): esto es, «el deber de mantener, con el peligro y el sacrificio de su propiedad y de su vida, de su opinión y de todo aquello que

está naturalmente comprendido en el ámbito de la vida, esta individualidad sustancial, la independencia y soberanía del Estado» (*ibid.*, 324, p. 371).

96. «El Estado es la realidad efectiva de la libertad concreta. Por su parte, la *libertad concreta* consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares [...] se conviertan por sí mismos en interés general» (*ibid.*, 260, p. 291); «[el sentimiento político es] la conciencia de que mi interés sustancial y particular está contenido y preservado en el interés y el fin de otro (aquí el Estado) en cuanto está en relación conmigo como individuo. De esta manera, este otro deja inmediatamente de ser un otro para mí y yo soy libre en esta conciencia» (*ibid.*, 268, p. 298).

97. No tiene sentido por tanto, para Hegel, hablar de «soberanía popular» en alternativa a la soberanía del Estado: «Se puede hablar de soberanía de un pueblo para expresar que respecto del exterior es un pueblo independiente y constituye un estado». No obstante, «la soberanía corresponde al *Estado*. Pero el sentido más usual en el que se ha comenzado a hablar en los últimos tiempos de soberanía del pueblo, es el que la *opone a la soberanía existente en el monarca*. Tomada en esta contraposición, la soberanía del pueblo es uno de los tantos conceptos confusos que se basan en una caótica representación del *pueblo*»; el cual «sin sus monarcas [...], es una masa carente de forma»; mientras que «la soberanía existe como personalidad del todo, y ésta, en la realidad que corresponde a su concepto, como la *persona del monarca*» (*ibid.*, 279, pp. 328-329). La soberanía externa en particular, «puesto que en esta independencia tiene su existencia el *ser-por-sí* del espíritu efectivamente real, ella es la primera libertad y la honra más elevada de un pueblo» (*ibid.*, 322, p. 370).

98. *Ibid.*, 330 ss., pp. 377 ss. De ello se desprende, para Hegel como para Hobbes, «puesto que para la relación [entre Estados] tiene como principio su soberanía, los Estados naturalmente se oponen, y sus derechos no tienen su *realidad efectiva* en una voluntad universal que se constituyera como poder por encima de ellos, sino sólo en su voluntad particular» (*ibid.*, 333, p. 379); «Por lo tanto, en la medida en que las voluntades particulares no llegan a un acuerdo, las disputas entre los Estados sólo pueden decidirse por la guerra» (*ibid.*, 334, p. 379).

99. H. Triepel, *Diritto internazionale e diritto interno* [1899], trad. italiana editada por Buzzati, Torino, 1913; Id.: «Le rapports entre le droit interne et le droit international», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1923.

100. G. W. F. Hegel, *Principios*, ed. cit., 324, pp. 372. «Así como el viento —prosigue Hegel— preserva al mar de la pereza en que caería con una permanente quietud, lo mismo que los pueblos con una paz permanente o más aún eterna» (*ibid.*). Sin olvidar además que «guerras favorables han impedido disturbios interiores» (*ibid.*). Cf. igualmente los parág. 327-328, pp. 374-376, sobre el «valor militar» como «la más alta abstracción que hace la libertad» y la «suprema independencia del ser por sí».

101. Sobre las doctrinas idealistas y eticistas de la razón de Estado como razón de potencia, desde Hegel hasta Heinrich von Treitschke, cf. F. Meinecke, *La idea de la razón de estado en la Edad Moderna*, trad. castellana de F. González Vicén, IEP, Madrid, 1959, pp. 351 ss.

102. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, cit., pp. 171. A estos pueblos Hegel dedica páginas terribles: «Los indígenas, desde el desembarco de los europeos, han ido pereciendo al soplo de la actividad europea» (*ibid.*). Ello depende, dice Hegel, de «la inferioridad de estos individuos desde cualquier punto de vista, incluso por su estatura» (*ibid.*, p. 170), análoga, por lo demás, a la de la «fauna americana», cuyos «leones, tigres, cocodrilos [...] aunque poseen un parecido notable con las formas del viejo mundo, son, sin embargo, en todos los sentidos más pequeñas, más débiles, más impotentes» (*ibid.*); y análoga es incluso la inmmadurez física del continente americano, que se manifiesta en el hecho de que «la mayor parte de las islas se asientan sobre corales» y en que el continente se encuentra «dividido en dos partes que, aunque

unidas por un istmo, sin embargo no practican conexiones de tráfico» (*ibid.*, p. 170). Por ello, concluye Hegel, «los habitantes de las islas, en las Indias occidentales, han fallecido» y «las tribus de la América septentrional han desaparecido o se han retirado al contacto con los europeos» (*ibid.*, p. 171): «los pueblos de débil cultura perecen cuando entran en contacto con pueblos de cultura superior y más intensa» (*ibid.*).

Esta imagen de las estirpes norteamericanas que «desaparecen» y «se retiran al contacto con los europeos» le gustó a Benedetto Croce, quien la utilizó —junto con la contraposición «naturaleza»/«cultura» que estaba presente ya en Hegel, y antes aún en Hobbes— con acentos abiertamente racistas: entre los hombres, dice, cabe distinguir «hombres que pertenecen a la historia y hombres que pertenecen a la naturaleza (*Naturvölker*), hombres que son capaces de desarrollarse y hombres que no lo son; y con esta segunda clase de seres, que zoológicamente aunque no históricamente son hombres, se ejerce como con los animales dominio, se intenta domesticarlos y adiestrarlos, y en ciertos casos, cuando esto no se consigue, se deja que vivan en los márgenes, pues está prohibida la crueldad, que siempre es una culpa contra cualquier forma de vida, pero se deja al mismo tiempo que su estirpe se extinga, tal como sucedió con aquellas razas americanas que se retiraban y morían (según la imagen que resultaba grata) al contacto con la civilización, que les resultaba insoportable. Sin duda primero se intenta, y es preciso esforzarse en esta tarea, despertarlos como hombres por medio de su conversión religiosa, de la dura disciplina, de la paciente educación e instrucción, y de estímulos y castigos políticos, pues esto es lo que se denomina civilización de los bárbaros y humanización de los salvajes. Pero si todo ello no tuviera éxito, y en la medida en que no lo tuviera, ¿de qué forma será posible llegar a compartir recuerdos y sentimientos con quienes se empeñan en no entrar en la historia, que es lucha de la libertad? Y, por desgracia, estos infames, estos inconvertibles, están infiltrados también en nuestras sociedades civilizadas, y no estaba del todo equivocado Cesare Lombroso cuando establecía la clase de los «delincuentes natos» o por «naturaleza», encarcelados y eliminados para la necesaria defensa social» (*Filosofia e storiografia*, Laterza, Bari, 1949, pp. 247-248).

103. H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit. Sobre el pensamiento de Kelsen acerca del problema de la soberanía, véase A. Carrino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Esi, Napoli, 1984; Id. (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, cit.

104. Sobre esta transformación en la titularidad subjetiva del derecho internacional después de la aparición de la ONU, cf. A. Cassese, *Il diritto internazionale*, cit., pp. 97-125; Id., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 21994, pp. 5 ss. y 87-89 [ed. castellana, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 7 ss. y pp. 66-67]. De ello deriva la existencia de deberes de derecho internacional frente a individuos y pueblos que corresponden tanto a la comunidad internacional como a los Estados, véase L. Bonanate, *I doveri degli Stati*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

105. Evidentemente, hoy se puede hablar de tutela jurisdiccional de los derechos humanos en el ámbito internacional tan sólo, como se verá más adelante, de forma embrionaria. Recuérdense, en particular, los sistemas de tutela en el ámbito regional (la Convención europea de 1950 [art. 25], la Convención americana de 1969 [art. 44] y la Carta de Nairobi de 1981 para los Estados africanos) así como, en el ámbito internacional, los débiles sistemas de control instituidos en los Pactos de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966. Para un análisis de estos sistemas, véase F. Matscher, «La tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo a livello nazionale ed internazionale» [1988]: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1989), pp. 661-703. Cf. también A. Cassese, *I diritti umani*, cit., pp. 131 ss. y la bibliografía allí recogida en las pp. 152-155.

106. Éste es el titulo de libro de N. Bobbio, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla*

pace e sulla guerra, Sonda, Torino, 1989. A la importancia de la ONU se superpone evidentemente la superpotencia de aquellos Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad y sobre todo de los Estados Unidos, convertidos ya en la gran potencia, capaz de doblegar a la ONU según sus fines e intereses. Sobre esta base Danilo Zolo, en su obra *Cosmopoli. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano, 1995, ha rebatido duramente la *domestic analogy* entre la historia teórica y práctica de la construcción del Estado moderno como titular monopolista de la fuerza y como garante de la paz y de los derechos humanos en el interior de sus fronteras y una hipotética evolución del derecho internacional en dirección de un constitucionalismo mundial. En la base de esta crítica, en mi opinión, hay una descalificación «realista» del derecho internacional que deja sin alternativas la actual ley del más fuerte, y que, sustrayendo a la construcción de la paz y de la garantía de los derechos del hombre su principal instrumento, acaba convirtiendo en irreal el «pacifismo débil» y «realista» propuesto por Zolo.

107. Véase, en este sentido, G. Zagrebelski, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, [3]1999, pp. 12-14, que habla de «constitución sin soberano» por la «pérdida de posición central» que caracteriza a los actuales estados constitucionales de derecho.

108. C. Schmitt, *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno hasta la lucha de clases proletaria*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

109. Sobre el concepto de «patrimonio común de la humanidad», véase A. Cassese, *Il diritto internazionale*, cit., pp. 434-449. Sobre la base de ésta y de otra nación análoga —la de «crímenes contra la humanidad»— que harían de la humanidad un centro de imputación de bienes y de derechos, como los derechos del mar, el derecho a la paz y los derechos a la tutela del medio ambiente, Salvatore Senese ha llegado a sostener la personalidad jurídica de la humanidad: cf. S. Senese, «Un nuovo soggetto di diritto: l'Umanità», en E. Balducci, *Le tribu della terra: orizzonte 2000. Dialoghi*, Edizioni Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole, 1991, pp. 79-108, en particular pp. 100-104.

110. H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto* [1944], trad. italina de L. Ciaurro, Giappichelli, Torino, 1990 (hay trad. española de L. Echávarri, *La paz por medio del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1946).

111. Sobre estas propuestas, remito a L. Ferrajoli y S. Senese, «Quattro proposte per la pace», en *Democrazia e diritto*, cit., pp. 243-257, y a mi trabajo «Governo mondiale o democrazia internazionale?»: *Giano* 13 (1993), pp. 83-88. Existen discusiones sobre la elaboración de un Código penal internacional desde los tiempos de los juicios de Núremberg. Sobre esta cuestión, véase el más reciente C. Tomuschat, «Creation d'un Tribunal pénal international»: *La Revue. Commission International de Juristes*, Édition spéciale, Conferénce des Nations Unies sur les droits de l'homme, Vienne, juin 1993, 50 (1993), pp. 63-78. Véase finalmente el «Proyecto de estatuto de una Corte criminal internacional» elaborado el 22 de julio por el Grupo de trabajo instituido por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU.

112. F. Vitoria, *De potestate civili*, cit., 13, p. 192.

113. F. Vitoria, *De iure belli*, cit., sect. III, 2, prob. 8, p. 258.

114. Sobre esta cuestión remito a «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», incluido en este volumen, *supra*, pp. 97 ss.

ORIGEN DE LOS TRABAJOS

1. «El derecho como sistema de garantías»: Ponencia expuesta en las Jornadas «La crisis del derecho y sus alternativas», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992. La primera versión en castellano de este texto se publicó en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 16-17 (1992). La versión italiana se ha publicado en *Ragion Pratica* 1 (1993), pp. 143 ss.

2. «Derechos fundamentales»: Publicado en *Teoria Politica* XIV/2 (1998).

3. «Igualdad y diferencia»: Publicado en *Democrazia e Diritto* 2 (1993), con el título «La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza».

4. «De los derechos de los ciudadanos a los derechos de la persona»: Publicado en el volumen a cargo de Danilo Zolo *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263-282. Una versión anterior, con el título «Ciudadanía y derechos fundamentales», había sido publicada en *Teoria Politica* 9/3 (1993), pp. 63-76.

5. «La soberanía en el mundo moderno»: Ponencia presentada en el XIX Congreso nacional de Filosofía del Derecho que tuvo lugar en Trento los días 29 y 30 de septiembre de 1994 sobre el tema «Crisi e metamorfosi della sovranità». Se retoman y desarrollan buena parte de las tesis expuestas en la ponencia titulada *La conquista dell'America e la dottrina della sovranità esterna degli Stati* presentada al «Tribunal permanente de los Pueblos» con motivo del V Centenario de la Conquista, en Padua, del 5 al 9 de octubre de 1992, publicada en *Meridiana* 15 (1992), pp. 17-52, y en *500 anni di solitudine. La conquista dell'America e il diritto internazionale*, editado por la Fundación Internacional Lelio Basso, Bertani, Verona, 1994, pp. 437-478. Finalmente vio la luz en las editoriales Anabasi (Milano, 1995) y, posteriormente, en Laterza (Roma-Bari, 1997).

ÍNDICE